

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL
CONTRAMAJORITÁRIO DO STF**

Mariana Gama Calori Silva

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL
CONTRAMAJORITÁRIO DO STF**

Mariana Gama Calori Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Profa. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP

2019

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL
CONTRAMAJORITÁRIO DO STF**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Gisele Beltrami Caversan Marcato

Ana Laura Martelli Theodoro

Pedro Augusto de S. Brambilla

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2019

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

(Albert Einstein)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus, pela proteção, sabedoria e por me conduzir até aqui, pois sem sua compaixão, nada disso teria acontecido.

Aos meus familiares, por me acompanharem nesta caminhada, por todas as mensagens de carinho, apoio, por todo suporte e principalmente, por lembrarem sempre do meu potencial e determinação, por ensinar-me a ter sede de conhecimento, para que cada dia possa me tornar um ser humano melhor, porém, sem se esquecer das minhas raízes. Por me lembrarem todos os dias que sonhos existem para serem realizados e que nada é mais gratificante quando se faz algo com amor, pois sem este, nada valeria a pena.

Agradeço também aos meus amigos, por todo o apoio para que enfim, tudo se concretizasse, por todo o carinho e me confirmarem todos os dias o quão importante é ter amigos de verdade, que estão presentes em todos os momentos.

Em especial a minha orientadora Gisele Caversan Beltrami Marcato por todo carinho, compreensão, por todo apoio e principalmente por acreditar em mim, por não me deixar desistir dessa etapa tão importante em minha vida, obrigada principalmente, por ser essa mulher incrível, forte, da qual, não seria possível enumerar todas suas qualidades e o quão importante foi seu apoio até aqui, obrigada também, acima de tudo por ser mãe, por entender nossos conflitos, nossas lutas e ansiedades. Enfim agradeço, por me mostrar que no mundo ainda há pessoas boas, com princípios dos quais possibilitam um mundo melhor.

RESUMO

A presente pesquisa possui como objeto as vertentes do Constitucionalismo, bem como, os argumentos e contra-argumentos existentes em ambas, do qual também será analisado os fenômenos, como ativismo judicial e judicialização da política, que estabelecem o papel do Poder Judiciário e a sua efetiva participação diante da ineficácia do Poder Legislativo e Executivo, sendo esta função contramajoritária, conjuntamente com o viés democrático, bem como, as definições de minorias, que por fim, definem a nova era em que estamos vivendo, denominada de Neoconstitucionalismo e suas características

Palavras-chave: Constitucionalismo político e jurídico, ativismo judicial, Neoconstitucionalismo

ABSTRACT

ABSTRACT: This research has as its object the aspects of Constitutionalism, as well as the arguments and counterarguments existing in both, which will also analyze the phenomena, such as judicial activism and judicialization of politics, which establish the role of the judiciary and its effective participation in the face of the ineffectiveness of the Legislative and Executive Power, this function being counter-legal, jointly with the democratic bias, as well as the definitions of minorities, which ultimately define the new era we are living in, called Neoconstitutionalism and its characteristics.

Palavras-chave: Political Constitutionalism. legal constitutionalism. judicial activism. Neoconstitutionalism

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSTITUCIONALISMO: VERTENTES E TENDÊNCIAS	10
2.1 Constitucionalismo Político	10
2.2 Constitucionalismo Jurídico.....	15
2.2.1 Ativismo judicial e a judicialização política.....	19
2.2.2 Neoconstitucionalismo	21
3 O STF E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO	23
3.1 A Função Constitucional Da Suprema Corte	23
3.2 Minorias, Vulneráveis e Hipossuficientes	29
3.3 Função Contramajoritária.....	33
4 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF NO RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO	38
4.1 Notas Conceituais De “Família”.....	38
4.2 Evoluções Da Família Na Constituição	40
4.2.1 A legalização do casamento homo afetivo	42
4.3 Criminalização da Homofobia.....	45
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53
ANEXO	61

1 INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa foi proposta a análise de temas relevantes em nossa sociedade contemporânea, no qual foi utilizado como objeto principal, o Constitucionalismo e suas vertentes, das quais ainda possui divergência a respeito de cada uma delas, razão pela qual, se encontra nosso sistema jurídico, em constante evolução.

Na tentativa de elucidar tais pensamentos, foi realizado um aprofundamento em cada uma destas vertentes, onde de um lado, se apresenta o Constitucionalismo Político, sob o olhar Richard Bellamy, o qual, foi utilizado como referencial teórico para discussão do tema, que de forma breve, estabelece este modelo, como sendo o mais eficaz a solucionar os conflitos sociais existentes, em razão, do Poder legislativo, contribuir para com a preservação da igualdade e a participação popular nas decisões proferidas por este, possuindo então como característica, o viés democrático.

Por outro lado, também foi analisado as perspectivas do Constitucionalismo jurídico, proposto por Jeremy Waldron, referencial teórico o qual, apresenta algumas objeções no que se refere ao elencado por Richard Bellamy, e que em sua ótica, seria o Judiciário o mais competente a julgar as questões sociais, visto que este não teria motivos para “bajular” a população a fim de se manter no poder, pois, o referido cargo seria constituído e ocupado por mérito de seus conhecimentos técnicos a respeito da função, contudo, não haveria a constante participação popular, como ocorre com o Legislativo.

Após a análise dos argumentos e contra-argumentos sobre ambas as vertentes, se fez necessário a análise a respeito da atuação do Poder judiciário, que hoje, não mais se restringe ao julgamento no processo judicial, em razão de sua expansão, objeto do qual, foi novamente utilizado como referência teórica Jeremy Waldron e Luís Roberto Barroso, que expõe sua perspectiva, em relação a participação do Judiciário, devendo esta, ser mais proativa, diante da ineficácia dos demais poderes.

E por fim, destacou-se a nova era em que se vive denominado de Neoconstitucionalismo, no qual rompeu diversos paradigmas em nossa sociedade, como exemplo, o excesso do formalismo, possuindo como característica, a valorização dos princípios e a interpretação da norma Constitucional em

consonância com o extenso rol de direitos fundamentais, a fim de que estes sejam não somente respeitados, mas plenamente garantidos.

Ante todo o exposto, haja vista a sociedade contemporânea em que se vive, abordar este tema, é de suma importância para o entendimento daquilo que está acontecendo diante de nós, para que possamos não somente reconhecer nossos direitos, como também passar a exigir sua plena efetivação, ao passo que se vive em um Estado democrático de direito, devendo a Constituição acompanhar a evolução da sociedade, bem como, suas normas serem interpretadas sob à luz dos direitos fundamentais, respeitando o direito de cada cidadão, garantindo a sua participação, sem que as minorias percam a sua voz.

No segundo capítulo, foi objeto da pesquisa, os papéis assumidos pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista, a constante evolução da sociedade, no qual adotou uma nova postura, sendo esta, a de Corte Constitucional, sendo aprofundado os principais papéis exercidos por este, bem como, seu viés contramajoritário, com a finalidade de garantir maior proteção e efetividade dos direitos fundamentais e a correta interpretação da Constituição federal, em razão de também atuar como guardião desta.

Insta salientar, que também foi abarcado, o conceito do que se entende por minorias e hipossuficientes, a fim de se elucidar a importante atuação da Corte na defesa dos mesmos

E por fim, a exposição de alguns casos que de alguma forma foram de extrema importância para o direito e ordenamento jurídico, como também para sociedade como um todo, dos quais se restam comprovados e evidenciado a plena eficácia e legitimidade do Supremo Tribunal Federal em desempenhar tal papel.

A pesquisa se utilizou do método dedutivo, através da aplicação de um processo de análise da dos valores e estandartes esculpidos na Constituição Federal de 1988, acerca do papel da Suprema Corte brasileira, no qual aplicou-se o raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão a respeito do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. Tendo como referencial teórico o jurista Luís Roberto Barroso.

2 CONSTITUCIONALISMO: VERTENTES E TENDÊNCIAS

Neste tópico, será utilizado como ferramenta de estudo, as vertentes do constitucionalismo, do quais serão analisados os argumentos e contra-argumentos de ambos os movimentos, com a finalidade de demonstrar o mais eficiente ao nosso ordenamento jurídico e, portanto, mais adequado a nossa sociedade pós-moderna.

E para tanto, é de suma importância, realizar uma breve análise ao período pós 1998 de nossa Constituição Federal, da qual, obteve uma grande expansão em seus direitos fundamentais e a constitucionalização destes, bem como, a relevante valorização dos princípios que estruturam nosso ordenamento jurídico, sobrevivendo como parte de seus efeitos : uma nova concepção de família, de posse, propriedade, além da humanização dos direitos fundamentais, dos quais ainda buscam sua devida eficácia, visto que já se encontram plenamente tutelados pela própria Constituição.

2.1 Constitucionalismo Político

A relevante pesquisa, aborda um modelo constitucional republicano desenvolvido por Richard Bellamy (2007), no qual possui como pressuposto fundamental a democracia e a participação popular no tocante a atuação do Poder Legislativo, sendo este, o mais competente a atender as demandas sociais de nossa sociedade.

Em consonância a este posicionamento, há de se mencionar Jeremy Waldron (2002), outro referencial de suma importância para a presente pesquisa, da qual sua teoria, se contrapõe a vertente de Bellamy, e estabelece o constitucionalismo jurídico, que traz a participação do Judiciário nos embates sociais existentes, que será objeto de análise posteriormente.

A referida vertente, possui como premissa as demandas sociais, e que para tanto, se faz necessário, a existência dos desacordos presentes em nossa sociedade (BELLAMY, 2007, p. 03-04), dos quais, como dito anteriormente, seriam melhores solucionados pelo Parlamento, ou seja, Poder Legislativo, visto que através deste, seria observada a vontade popular, pois traz consigo um processo que visa o consenso da população, mesmo que indiretamente.

Sendo assim, a vontade do povo estaria sendo atendida, visto que estes teriam elegido os membros do Poder Legislativo para desempenhar esta função, sendo este plenamente competente para tal, o que não ocorreria se o mesmo fosse desempenhado pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito às normas que sustentam o Constitucionalismo político, baseiam-se não somente na igualdade política, como também na “não dominação”, visando a garantia da liberdade democrática, das quais são aplicadas através do uso público razão, em consonância ao equilíbrio de poderes (BELLAMY, 2010, p. 161-163;193-194), utilizando deste ideal de não -dominação como pilar de sua crítica ao constitucionalismo legal.

Por este motivo, Bellamy acredita que a igualdade defendida, não implica necessariamente a uma participação direta e efetiva da população nas decisões públicas por meio de assembleia, mas, um instrumento que viabiliza a relação do ideal de não- dominação, defendida até então, cujo objetivo, é garantir a igualdade política, sendo esta a mais importante, constituindo conseqüentemente um valor para a liberdade (BELLAMY,2010, p. 161-190).

Sob o mesmo viés, o uso público da razão designa-se a legitimação do processo decisório e não obrigatoriamente a uma suposta decisão correta a respeito de um tema, justamente por este motivo, que não são apresentados princípios abstratos, mas, os princípios republicanos, provenientes da arte retórica, onde se faz necessário ouvir as partes.

E por este motivo, o uso público da razão, vem ganhando espaço na literatura recente sobre controle constitucional de democracia, principalmente em se tratando de direito constitucional. (BELLAMY, 2010, p.194, BENTO LUCIVAL PAULINHO FILHO, 2017). Nesse sentido, relata:

O uso público da razão não deve ser entendido como um modo de justificação, mas sim, como uma maneira de legitimar decisões, oferecendo um processo correto, que reconheça o direito moral igualitário de todos os cidadãos, sendo considerados seres racionais autônomos.

Sendo assim, de acordo com o autor, o equilíbrio entre os poderes visa impedir a criação e a existência de um governo arbitrário. Por esta razão também critica, o modelo de separação de poderes elencados por Montesquieu, dos quais não se adequam ao Constitucionalismo político, devido à dificuldade de se estabelecer a divisão entre os poderes, em razão de cada um dos ramos do governo

tomar parte, em diferentes graus, de cada uma destas funções (BELLAMY, 2010, p. 220; BENTO, LUCIVAL PULINHO FILHO, 2017), estando o constitucionalismo político defendido por este, diretamente ligado a democracia representativa, proveniente de uma visão pluralista, da qual os grupos sociais expressam suas vontades e opiniões através da própria disputa eleitoral entre partidos políticos, bem como, os profissionais que integram a esfera parlamentar (SILVA, 2014, p. 35).

Através deste procedimento, ou seja, através dessa disputa eleitoral, da qual, se perfazem os debates, até que se encontre o consenso, se restam estabelecidos e reconhecidos os direitos de cada cidadão, porém, o cenário se altera, quando estes necessitam ser revisados, passando a ser incumbidos ao Poder judiciário, analisá-los, mediante um grupo de homens, com a devida competência para tal, sendo estes, Juízes, que ocupam seus devidos cargos por mérito, que entretanto, não foram eleitos pela população democraticamente, e que por esta razão, não possuem motivos para adulá-los na intenção de simplesmente se manter no poder, em hipótese de uma reeleição, visto que esta não seria possível, devido ao cargo que ocupam.

Em resumo, primordialmente, os direitos de cada cidadão são reconhecidos e fixados nas instâncias legislativas, por deliberação de votos, do qual se mostra evidente a existência da democracia popular, ao passo, posteriormente, ainda é possível a revisão destes pelo Poder Judiciário, incumbido para tal, porém, análise agora, será em relação a direitos anteriormente estabelecidos (WALDRON, 2002, p. 06-07).

Neste sentido, alude Jairo Néia Lima (2016, p. 282):

Nesse sentido, Waldron diz que se deve pensar sobre os procedimentos políticos que irão permitir o estabelecimento de direitos individuais em uma sociedade que discorda sobre direitos que possui.

Sob o mesmo viés, também relata (2016, p.282):

Na perspectiva de Bellamy, o processo político democrático é muito mais forte no “critério de entrada” do que as cortes judiciais, as quais são conhecidas por fazer um melhor trabalho no “critério de saída”. Isso significa dizer que a democracia oferece o direito para que todos os cidadãos participem do processo de formação da decisão, há desse modo uma amplitude dos participantes (input). Diversamente é o que ocorre nas cortes, pois seu mérito está em proporcionar boas e corretas decisões (output).

Sendo assim é possível extrair desta premissa que, as decisões proferidas pelo Poder legislativo, possuem um caráter mais forte, visto que permite-se a participação popular, ou seja, parte de um critério democrático, ainda que indiretamente, ao passo que aquelas proferidas pelas Cortes, quando necessitam ser revisados, não possuem a participação da maioria, entretanto, sob uma perspectiva quantitativa, seria a mais correta, em razão de possuir o Juiz, maior capacidade técnica jurisdicional para tal, apresentado portanto o viés contramajoritário, que permite também um maior enfoque próprio indivíduo (BELLAMY, 2007, p. 28).

Ante todo o exposto, se resta evidente, o prevalecimento e a defesa do Constitucionalismo Político em detrimento do Jurídico, sob a ótica de Richard Bellamy, o qual fundamenta em suas objeções que, por mais que o Juiz possua competência jurisdicional, este também poderá ser tendencioso em suas decisões em detrimentos de satisfação de interesses, bem como, ao criar políticas coletivas a partir de casos individuais, podendo correr risco de sérias distorções.

Não obstante, importa observar que, ao exercer seu papel contramajoritário, tende a ser limitado e desigual (LIMA, 2006, p. 283), sendo a igualdade um dos fundamentos defendidos por sua vertente.

Porém, no que diz respeito, Judiciário e a possibilidade de este ser desigual, vem sendo alterada, em razão crescente expansão deste e do protagonismo dos Tribunais, e que, conseqüentemente, vem elevando a democratização, com a finalidade de atender a sociedade contemporânea, permitindo também a participação da maioria e, por consequência, passando a adotar modelos pluralistas, horizontais (ZAFFARONI, 1995, p. 102), mediante cautelas básicas, seguidas por este.

Tais cautelas podem ser visíveis, por exemplo, na possibilidade de intervenção de terceiros, bem como, *amicus curiae*, e o próprio contraditório consubstancial.

Sob o mesmo viés, em relação ao contraditório, alude o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 10:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Neste sentido, diz respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, do qual, o Juiz tem o dever de respeitá-lo garantindo assim, a participação popular sob todo o processo, ou melhor dizendo, das partes em relação ao direito de receber a devida informação a respeito da propositura ou pedido de tutela e a possibilidade de defesa em detrimento destas.

Sendo assim, somente o binômio informação e participação já não seria mais suficiente, necessitando, por conseguinte, a participação do Juiz, a fim de que estas defesas, pudessem influenciar a futura decisão proferida.

Insta salientar, que o devido processo, também pode ser designado como controle nas decisões judiciais, por inúmeros motivos, dentre eles, de que todos os cidadãos são titulares de direitos e, portanto, possuem o direito de que estes sejam respeitados e assegurados pelos Tribunais, bem como anteriormente dito, a democratização do judiciário, implica na participação popular, ou seja, das partes em todo andamento do processo, bem como, nas decisões sob os quais serão plenamente atingidos. Por este motivo, o Juiz deve tomar a devida cautela e o dever de proferir decisões, das quais possui fundamentação para tal, proibindo assim, seu livre convencimento, ao passo que este tem o dever de ser motivado, bem como, se resta estabelecido, a proibição de decisões surpresas.

Obedecidas todas as premissas, estaria o Judiciário atuando sob o viés democrático (STREK, 2017, p. 51).

Contudo, por mais o Judiciário venha elevando sua democratização, bem como, a Corte possuir maior competência jurisdicional, em razão de seus conhecimentos técnicos, ainda assim, o Parlamento seria o mais eficiente a representar nossa sociedade, visto que neste encontra-se a diversidade e representatividade.

E em se tratando desta representatividade, não há de se omitir, ou simplesmente ignorar o fato de estarmos vivendo um período de crise de representatividade, ao passo que muitas vezes o parlamento acaba por proferir decisões das quais não se identificam com a vontade da maioria, sendo esta, muitas vezes, anti-povo. Conforme demonstra Cambi (2008, p. 102).

Entretanto, vive-se a crise da democracia representativa, uma vez presentes tais fatores como: a vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político; falta de igualdade de participação no processo político (os lobbies ou grupos de pressão, por exemplo, exercem uma influência

avassaladora no processo legislativo); existe a previsão de mecanismos antidemocráticos no seio do parlamento (p. ex., voto de lideranças); e, enfim, a falência do Parlamento como principal órgão legislativo (em 2004, menos de 7% da legislação originou do Congresso Nacional, em um evidente abuso das medidas provisórias).

Por outro lado, esta representatividade, trata-se também de uma das importantes características das quais distinguem o Poder Legislativo da Corte, visto que este é integrado por vários membros, dos quais devem representar a vontade da população, em razão de terem sido eleitos para tal, ao passo que, do mesmo modo não é possível identificar tal processo de democratização nas decisões proferidas pela Corte, dos quais ocupam seus devidos cargos por mérito, porém que, em contrapartida, possuem uma maior qualidade técnica, visto que também se tornam isentas de adulações, em razão da não preocupação em se reelegerem.

Contudo, é de suma importância destacar as indagações existentes, em relação as decisões proferidas pela Corte, que, por que mais que possua tamanha qualificação técnica, muitos, ainda questionam o que teria a oferecer, além, de uma segunda rodada decisória?

Indagações com esta, se tornam cada vez mais fortes e presentes em discussões parlamentares e judiciais, na esperança de se estabelecer a unanimidade e por conseqüentemente estabelecer qual destes seria o legítimo a sanar de maneira efetiva as disfunções existentes na sociedade.

2.2 Constitucionalismo Jurídico

Conforme destacado anteriormente no texto, a presente análise possui como objeto principal, os argumentos e os embates relevantes acerca do Constitucionalismo político de Richard Bellamy e o Constitucionalismo jurídico, bem como, os atributos e a legitimidade de ambos para tanto.

Insta salientar, referencial teórico, Jeremy Waldron será utilizado na presente pesquisa, da qual, sua ótica, como dito anteriormente, se contrapõe as afirmativas de Richard Bellamy.

Preliminarmente, é importante destacar o conceito de Constituição definida por este, no qual relata que esta não se define meramente em relação as restrições impostas à política e ao governo, bem como considera que determinadas premissas são passíveis de serem ressaltadas em relação a outras.

Sendo assim, compete dizer que, em razão destas, na maioria dos países tratam-se constituições escritas, podendo oferecer algumas desvantagens, como por exemplo, o fato de reforçar a teoria interpretativa, e de mesmo modo impulsionar ao formalismo excessivo e rígido entre os juristas. Ao passo que concomitantemente exercem uma importantíssima função política em nossa sociedade, como, servir como base para deliberações (WALDRON,2009).

O autor então define a Constituição sob três aspectos: (1) controlar (2) restringir e (3) limitar

No que diz respeito ao controle, este é positivo e se distingue de restrição, não se tratando de repressão, mas sim, um direcionamento. Onde sob a luz de Waldron, quem define quais das diretrizes deve integrar à Constituição é o próprio legislador, visto que estes atuam representando o povo (WALDRON, 2009, p. 271).

A restrição é elencada no sentido de impedir o governo, através das proibições trazidas pelo próprio texto legal, como por exemplos, evitar determinadas condutas, das quais possam ser consideradas abusivas, entre elas, a interferência em questões religiosas e outras, bem como, sob o olhar do constitucionalismo contemporâneo, definir quais as funções do governo (WALDRON, 2009, p. 272), sendo a limitação similar a esta.

Porém, a preocupação do autor não recai em relação de a tentativa de evitar os possíveis abusos cometidos pelo governo, mas sim, em relação as definições das quais funções incumbem a este, onde esta possa vir a interferir na elaboração de decisões democráticas.

Em síntese, sua preocupação está em relação ao modo com qual a Constituição é definida, ou seja, se vista de maneira restritiva, se tornaria inconciliável com a democracia, de outro modo, se analisada como algo que cria ou estrutura condições, seria possível a democracia.

Sendo assim, alude o autor que o conflito ocorre não em relação a Constituição e sim, entre Constitucionalismo e democracia.

Desta maneira, também expõe o autor, sua ótica no que tange a democracia, no qual traz relata que esta parte-se da questão de, que direitos possuímos e quem os decide?

Onde sustenta o, em *Law and Disagreement*, que, a participação da maioria refere-se a um elemento importantíssimo e decisivo para caracterização da

democracia, ou seja, para este, trata-se de um direito do qual o exercício se torna apropriado em circunstâncias em que os titulares (portadores) destes direitos discordam em relação aos que possuem (WALDRON, 1999, a p. 211).

Por esta razão, entende também, que poderá haver a compatibilidade entre direito e democracia, visto que estes visam a mesma satisfação, ou seja, o respeito, assim como a democracia (WALDRON, 1999a, p.284-5).

Sendo assim, o ponto determinante em relação ao comprometimento da democracia, não está em quem irá interpretar a constituição, e sim, em quem irá decidir esses direitos em desacordo.

Considerando o dito anteriormente, sob a luz do Constitucionalismo político, a participação popular é respeitada, justamente em razão da possibilidade de os mesmos escolherem seus representantes, se restando caracterizado o viés democrático.

Desta maneira, utilizando o método da maioria, ganhando os participantes o mesmo peso na discussão, dão ensejo a igualdade política, sendo este, sinônimo de democracia.

Diante disto, chega-se a lógica de que, a decisão tomada pelo Parlamento seria a mais eficiente, em razão de suas decisões serem tomadas por um número maior de pesos, visto que sua técnica se debruça na “regra da maioria”, razão pela qual se atribui o viés democrático e igualitário, visto que os votos de todos terão o mesmo peso.

Criticando por fim, o que se denomina de “tirania da maioria”, onde esta regra da maioria, poderia levar a extirpação da minoria.

Contudo, insta salientar a divisão no tocante as minorias, da quais se dividem em (1) minorias decisórias, referentes aos votos vencidos, e (2) minorias tópicas, referentes aos grupos, onde integram os vulneráveis, dos quais seus direitos se encontram realmente violados.

A explicação seria de que, estas nem sempre serão sinônimas, sendo assim, a decisão tomada pela Corte, poderia sim ter sua legitimidade justificada, se estas lhes fossem favoráveis, ou seja, quando, contramajoritária, porém, por não se tratar de uma decisão vinculativa, isso pode não ocorrer.

No entanto, Waldron critica este argumento, em razão de a “tirania da maioria”, levar a violação de direitos, ao passo que a maioria sobrepõe a minoria, e que por esta razão, acaba por extingui-la.

É notória que, a democracia se faz com a diversidade, ou seja, com a maioria, que para existir, necessita da minoria ao passo, que se esta for extinguida, também, estaria se extirpando do mesmo modo, o que se pretende obter, ou seja, a democracia.

Sendo assim, sua concepção se contrapõe a alegação da tirania da maioria, ao passo que o recurso majoritário, não leva necessariamente, a perda de direitos e a supressão das minorias, pelo contrário, defende no sentido se que esse recurso, extinguirá essa tirania, visto que a participação da minoria foi atendida, mesmo que não nomeada vencedora. Segundo Waldron, (2006) apud MARCATO, (2019, p. 13):

Democratic institutions will sometimes reach and enforce incorrect decisions about rights. This means they will sometimes act tyrannically. But the same is true of any decision process. Courts will sometimes act tyrannically as well. Tyranny, on the definition we are using, is more or less inevitable. It is just a matter of how much tyranny there is likely to be (...)

Sendo assim, o que se deseja demonstrar, é que as vezes as próprias Intuições democráticas irão alcançar e reforçar decisões incorretas a respeito destes direitos, agindo também de forma tirânica, ao passo que o mesmo também é possível ocorrer em qualquer outra tomada de decisão, incluindo os próprios Tribunais. Resumidamente ratada da questão de esta ser quase inviável, a questão, a quantidade provável que seja. (MARCATO, 2019, p. 13).

Insta salientar que, atualmente estamos vivendo em sociedade pluralista, onde se resta predominado o dissenso, que, sob olhar do Constitucionalismo político, seria o Parlamento o mais eficiente a julgar tais direitos, em razão suas decisões passarem por todo um processo, na qual ocorre a participação popular, porém que ao mesmo tempo se utiliza da regra da maioria, e que com a intenção de se manter no poder, mediante reeleição, acabam por não se comprometer com as minorias, no temor de desagradar a maioria, se restando por vezes comprometido.

Ao passo que, esta eleição não ocorre em relação a Corte, não tendo este interesse de bajular a população, mas por outro lado, em razão da não ocorrência do processo eletivo, se torna ausente a participação popular, neste sentido.

Da mesma forma, a função da Corte está em realmente atender as necessidades existentes em nossa sociedade, ou seja, responder as questões

sociais atuais de nossa sociedade pluralista, na qual possui o dever de superar as visões tradicionais, tarefa fundamental para manutenção e garantia dos direitos.

2.2.1 Ativismo judicial e a judicialização política

Ao discutir a respeito do ativismo, torna-se evidente, a evolução e expansão do Judiciário ao longo dos anos, onde este não mais se restringe a solucionar apenas no processo judicial os conflitos em nossa sociedade, este, vem ganhando cada vez mais espaço, fato, tão presente em nosso cotidiano, podendo ser observado nos próprios noticiários. Como, por exemplo, em relação as pesquisas das quais utilizam células-tronco embrionárias, onde foi objeto na ADI 3510, tendo declarada sua constitucionalidade pelo STF, ao não reconhecer nenhuma violação ao direito à vida, e, portanto, ser plenamente possível a pesquisa, questão importante esta e que ficou sob o âmbito do Supremo Tribunal Federal, além de vários outros temas dos quais são de suma importante para nossa sociedade.

Luís Roberto Barroso¹, traz sua concepção a respeito do que se trataria a judicialização e ativismo judicial, onde a primeira, no qual denomina de “judicialização da vida” trata-se destas questões, das quais possuem grande repercussão em nossa sociedade, bem como inúmeros debates e opiniões sobre, das quais, são acabam por serem decididas em âmbito judiciário e não pelo Congresso Nacional, como estabelece a tradição.

Ao passo que, para o autor², o ativismo judicial seria relacionado a participação do judiciário, através da aplicação da própria constituição e interpretações de seus textos legais, sem que necessariamente tenha ocorrido a manifestação do legislador.

Sendo assim, para que se possa de fato assegurar todos direitos constitucionais, deve então o Judiciário se efetivar dentro da esfera positiva, possuindo os Juízes e Magistrados, o dever de maior participação efetiva neste controle, seja por ação ou omissão. Desta maneira, determina o autor que estes, desenvolvam um modo mais proativo no tocante a interpretação da Constituição,

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

² 6 BARROSO, Luís Roberto. [Syn]Thesis, p. 23-32.

afim de que se ocupem aqueles espaços vagos ou ainda que ocupados, porém, de modo deficiente por outros Poderes, conforme relata Luís Roberto Barroso (2009); neste mesmo sentido, salienta-se:

Sobre o ativismo judicial, parte-se do princípio de que ele consiste num profícuo instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça e da democracia. Por outro lado, existem temores conforme já aludido que a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um "risco de juristocracia", ou um "governo de toga", ou seja, um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional. (TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva, 2012, p.37)

Neste sentido, o ativismo se faz evidente no momento em que age de maneira discricionária, não decidindo de acordo com os limites elencados por nossa Constituição.

Sob o mesmo viés, Nara S. S. Pires (2014, s. p):

O ativismo judicial não se limita a um controle negativo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com o espírito da Constituição Federal. O ativismo judicial, também, possui um controle de constitucionalidade positivo, no momento em que cria norma jurídica e exige a sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares, naqueles casos em que o Legislativo e o Executivo mantiveram-se omissos, o que se nota mais evidente no que tange a proteção efetiva dos direitos fundamentais. (PIRES, 2014, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255> Acesso em 06 de abril de 2019.

Por esta razão se faz necessário a consciência do judiciário no tocante aquilo lhe incumbe, submetendo a legislação á observância de sua compatibilidade em relação as normas, trados, valores, bem como os princípios constitucionais.

Também alude o Barroso em relação a judicialização e ativismo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance. (BARROSO, 2009, p.21)

Portanto, estando judiciário diante a ineficácia dos outros poderes, incumbe a este, a função de assegurar e garantir os as normas fundamentais, juntamente ao ativismo, possuindo uma participação mais proativa e ampla na efetivação dos valores constitucionais e o que dele decorrer.

2.2.2 Neoconstitucionalismo

Com a Constituição de 1988, houve também, a supervalorização dos princípios e dos direitos fundamentais, surgindo então, uma nova era, ou melhor dizendo, uma nova percepção em relação ao Constitucionalismo, assim denominada de Neoconstitucionalismo.

Insta salientar que este possui uma forma ligação com o Neoprocessualismo, na qual pode ser observada através do próprio Código de Processo Civil, que estabelece um diálogo entre o direito processual e material. Conforme dispõe o artigo 1º da lei 13.105/15:

Art. 1º O Processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Deste modo, faz-se necessário, analisar o que se entende por Neoconstitucionalismo, que de forma bem breve, pode ser conceituado como a interpretação do direito mediante valorização dos direitos fundamentais.

Roberto Luís Barroso, o constitucionalismo pós-guerra mundial como sendo seu marco inicial juntamente com a derrota do positivismo, momento este, caracterizado pela segurança jurídica, onde havia um estrito cumprimento legal, não se permitindo reflexões diversas.

Sendo este, superado pelo Neoconstitucionalismo, da mesma forma ocorreu com a superação para um Estado democrático de Direito (BARROSO,2007, p. 2).

Portanto, para Barroso, a constitucionalização do direito está relacionada a expansão das normas constitucionais, cujo conteúdo e princípios se disseminam sobre o sistema jurídico.

Por este motivo, cabe ressaltar que diante de tais marcos, se torna evidente as várias mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo, como, a quebra de

vários paradigmas, dentre eles, o rompimento para com o excesso de formalismo ainda existente, possuindo também como característica, novas garantias, a luta pela preservação dos direitos fundamentais, sendo estes, o direito a vida, igualdade, liberdade, legalidade, a proibição de tortura e dentre outros inseridos em seu extenso rol de direitos afim de que se estabeleça sua plena efetivação, bem como a constitucionalização do direito, e a valorização dos princípios.

Em conclusão, a nova era denominada de Neoconstitucionalismo da qual foi tratada, representa um marco importantíssimo em nossa sociedade, na busca de aprimoramento da própria Constituição e interpretação de suas normas constitucionais, ganhando os princípios nova valorização a fim de que sejam respeitados e efetivados os direitos fundamentais, fazendo jus, ao Estado democrático de Direito.

3 O STF E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Neste capítulo, será realizado um aprofundamento a respeito do Supremo Tribunal Federal, bem como, suas atribuições e competências. Das quais vem sendo objeto de discussão atualmente, devido o mesmo assumir em determinadas situações, postura positiva, da qual se restará plenamente comprovada sua legitimidade, tendo em vista, o mesmo atuar em nome da Constituição Federal de 1888, assumindo sua postura de guardião da mesma, a fim de que se restem tutelados os direitos nela previstos, bem como, garantir a participação da sociedade como um todo, permitindo assim, que as minorias, também possam ter voz.

3.1 A Função Constitucional Da Suprema Corte

Vivemos em uma sociedade pós-moderna, que se encontra em constante avanço, da qual se resultam, novos direitos, paradigmas e inovações que para tanto nosso ordenamento, por mais que se encontre em um estágio avançado e moderno, não alcança tal evolução em todos os seus aspectos, ocasionando no que mais tem sido objeto de debate, atualmente, as omissões legislativas, das quais, criam lacunas na lei, a respeito de temas dos quais necessitam de certa regulamentação, para que assim possam definitivamente ser auferidos.

Justamente, em razão desta evolução, que se fez necessário determinadas modificações em nosso sistema jurídico, ampliando, certas funções e atribuições destes órgãos.

Primordialmente, podemos utilizar como base deste capítulo, a nova concepção do Supremo Tribunal Federal, no tocante a sua natureza jurídica, bem como, sua ocupação em nosso ordenamento jurídico. Onde, se faz necessário mencionar ser este, um órgão de cúpula do Poder Judiciário, do qual possui em sua composição diversos órgãos, como por exemplo, Superior Tribunal de Justiça, Conselho Nacional de Justiça e outros tribunais, tal como, constituído por 11

ministros, sendo estes, indicados pelo próprio Presidente da República, mediante cumprimento de determinados requisitos constitucionais.

Justamente, ante tal evolução, o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma nova postura, sendo ela, a de maior valorização de suas decisões, principalmente, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, contribuindo assim para com a inserção de um sistema originalmente presente em países do qual prevê o sistema da *commom law*, constituindo assim, um sistema misto, ou seja, vinculando os demais órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, mantendo portanto, o livre convencimento motivado dos julgadores, não interferindo, de um mesmo modo em outros poderes, sendo este o Executivo.

Em razão de tal necessidade, ou seja, a incessante busca por maior efetividade processual, ora no controle concentrado, onde se restringe a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, analisando, para tanto, sua incompatibilidade com a Constituição, ora no controle difuso, onde, qualquer juiz ou tribunal possui a permissão de realizar tal análise, estando este, diante de um caso concreto, sendo esta declaração de inconstitucionalidade indispensável, apenas para esclarecimento deste, que o Supremo Tribunal Federal se apresenta em uma nova figura, a de Suprema Corte Constitucional, atuando como tribunal de ultima instancia, bem como, tribunal constitucional, em relação as questões ligadas ao controle de constitucionalidade, assumindo para tanto, seu eficaz e importantíssimo papel de guardião da Constituição Federal brasileira³, sendo este

³ **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da

detentor do monopólio da última palavra, para que assim, venha ser atribuída a correta interpretação da Constituição, garantindo a plena efetividade dos direitos fundamentais consagrados por esta.

No tocante a sua função constitucional, este desempenha, três grandes funções, do qual se constitui o papel representativo, contramajoritário e iluminista.

Em referência ao primeiro, significa dizer que, o mesmo atua de forma representativa, quando para atender as mais diversas demandas sociais, das quais

Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogada).

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

ainda não possuem regulamentação ou que por alguma razão, não se encontram satisfeitas pelo Poder Legislativo, necessitando para tanto de sua intervenção, bem como, ao exercer, em caráter complementar, ou seja, de maneira subsidiária, quando este entender, ser caso de omissão legislativa inconstitucional, reprimindo assim, toda e qualquer violação aos preceitos constitucionais.

Referente a esta omissão, pode ser utilizado como exemplo, o direito dos servidores públicos de fazerem greve, direito este, garantido pela Constituição Federal, que, entretanto, fixou a necessidade de previa aprovação de uma lei do Poder Legislativo o disciplinando, para que então pudesse ser auferido. Porém, após 20 anos da vigência da Constituição, tal lei não havia sido aprovada razão pela qual, se fez necessário a intervenção do judiciário ante tal omissão, motivo pelo qual, a matéria foi disciplinada pelo próprio Tribunal, que aplicou por analogia, uma lei que também regulamenta tal tema, porém, no setor privado, até que esta fosse suprida pelo Congresso, ao por fim, editar a lei.

Insta também salientar que nossa sociedade democrática, é formada por votos, direitos e razões, dos quais se originam as dimensões representativa, deliberativa e constitucional. Sendo a primeira, constituída essencialmente pelo voto popular e que dispõe como protagonista o Presidente, e o Congresso, eleitos para tanto por sufrágio universal, garantindo a participação da população.

No tocante a deliberativa, possui como elemento, os contra-argumentos e debates políticos, razão pelo qual, a democracia não se restringe somente ao momento do voto, como também as discussões que devem ser realizadas de modo contínuo frente as decisões políticas que se evidenciarem relevantes, sendo a sociedade, portanto, seu principal protagonista.

Entretanto, o Poder Judiciário, também merece destaque, no que se refere as razões, visto que esta também é matéria prima de suas atuações, e por esta razão, que não se deve causar espanto ou surpresa a atuação da Suprema Corte como interprete daquilo que almeja a sociedade, tendo em vista que, embora o voto, seja um mecanismo importantíssimo de democracia, pode em determinadas situações não a concretizar por inteiro, não devendo portanto tal função, ser vista como exceção, mas sim como regra geral, restando portanto ultrapassada e infrutífera a concepção de que tais órgãos eletivos, justamente por terem sido eleitos pelo povo representariam sempre a vontade da maioria, ao passo que as decisões proferidas pela Suprema Corte jamais seriam, visto que seus membros não foram

eleitos para tal. , fato este facilmente evidenciado, através da crise de representatividade que estamos vivendo, razão pela qual se justifica também, tamanha expansão do Judiciário, podendo ser demonstrada por 2 motivos: primeiro, em razão destes serem indicados por concurso público, possuindo então conhecimento e qualificação técnica para exercer tal função, e pata tanto, sem influência política alguma, bem como os mesmos gozam de vitaliciedade, fator este importantíssimo, visto que não profeririam decisões apenas para se manter no poder, razão pela qual, seu convencimento é motivado.

Por fim, a dimensão constitucional, possui esta como objeto, o respeito aos direitos fundamentais, inclusive contra decisões políticas majoritárias, sendo, portanto, a Suprema Corte seu principal protagonista.

Outro papel importantíssimo incumbido a suprema corte, é o contramajoritário, quando esta detém a possibilidade de invalidar não somente atos, como também leis dos mais poderes, legislativo e executivo, que em contrapartida, abre margem para que juízes dos quais não foram eleitos tenham sua interpretação a Constituição sobreposta aos demais. Visto que sua intervenção e atuação no controle de constitucionalidade possui a finalidade de proteção dos direitos fundamentais, bem como, a proteção das minorias frente a maioria política.

Sendo, portanto, esta função legítima de tal tribunal, conforme evidenciado anteriormente, visto que possui importantíssimo lugar no Estado democrático de direito que vivemos, para que assim se mostre evidente quem que pese figurem como maioria não detém todo o poder em suas mãos, o que significa dizer que não podem tudo, estando assim, limitadas tais decisões políticas, ao que estabelece a Constituição, não podendo para tanto violar tais normas. Função esta que será posteriormente aprofundada nos próximos tópicos.

No Brasil podemos elencar como exemplo, a situação em que a Suprema Corte Constitucional reconheceu a constitucionalidade da proibição em contratar conjugues, parentes ou companheiros para exercício de funções de confiança em âmbito de cargo público, reconhecido como nepotismo sendo esta decisão amparada pela sociedade em sua maioria, da qual não obtiveram apoio em caráter majoritário.

Proibição esta, estendida para os poderes Legislativo e Executivo por jurisprudência do Tribunal, conforme estabelece a súmula vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

No que diz respeito ao papel iluminista, desempenhado também pela Suprema Corte, porém em caráter excepcional, o que significa dizer, a necessidade de ser executado com certa parcimônia, devido ao grande risco democrático, por esta razão, a Corte exerce este papel com a finalidade de promover avanços civilizatórios a fim de garantir o progresso histórico, e que para tanto o direito possa acompanhá-lo.

Cabe ressaltar, que não se tratam de decisões, essencialmente, contramajoritárias ou representativas, visto que não há invalidação de leis ou atos dos demais poderes e por não expressarem propriamente a vontade da população em sua maioria, mas de que qualquer forma, possuem papel importantíssimo em nossa sociedade, na intenção de garantir a proteção dos direitos fundamentais e o progresso dos mesmos, bem como, a ruptura de paradigmas e superação de preconceitos ainda existentes em nossa sociedade

Em que pese podemos utilizar como exemplo, o tempo em que as mulheres eram reconhecidas como objeto de seus maridos, assim, como a escravidão era considerado algo comum e normal e em razão disto, negros não eram considerados cidadãos e homossexuais eram mortos. Dentre essas e outras razões, há necessidade da progressão histórica, visto que, a partir desta que se permite superar tais condutas, posturas e convicções inadmissíveis e desumanas.

Insta salientar que no Brasil, a Suprema Corte já proferiu diversas decisões iluministas, da quais, de alguma forma contribuíram para um marco histórico, justamente por romper paradigmas, superar preconceito e assim encaminhar a humanidade para novo nível de progresso, como por exemplo quando a Suprema Corte reconheceu o a união homoafetiva, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo-as portanto, como entidade familiar⁴, no qual, estendeu

⁴ 168 STF, Pleno, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe, 14.10.2011.

o regime jurídico da união estável aplicável as relações heteroafetivas, fundada na proteção a família e a não discriminação em relação ao sexo.

Outro exemplo proferido também recentemente, quando a Corte julgou inconstitucional a lei que regulamentava a vaquejada, considerada como manifestação cultural predominante no nordeste do país, onde a finalidade desta, seria a derrubada de um touro em determinada área, por uma dupla de vaqueiros à cavalo, reconhecida portanto como atividade agressiva e que para tanto ensejaria o tratamento cruel⁵ a estes, situação esta, devidamente proibida por nossa Constituição Federal Brasileira.

Conforme demonstra o artigo 225, §1º, da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Decisões estas das quais permitem a constante evolução da sociedade, bem como, legitimam a atuação do Supremo Tribunal Federal, justamente em razão de certa omissão legislativa ou simplesmente por versarem sobre direitos fundamentais, fazendo este jus ao que lhe é incumbido.

3.2 Minorias, Vulneráveis e Hipossuficientes

Conforme elucidado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal assume uma nova postura, sendo esta a de Suprema Corte Constitucional, estando este incumbido de garantir a correta aplicação da Constituição, bem como, a preservação dos direitos estabelecidos por esta, caminhando sempre para o progresso da sociedade, a fim de que todos possam auferir daquilo que lhes é garantido

Contudo, se faz importante destacar, a atual crise de representatividade em que estamos vivemos, onde o por vezes, Legislativo não representa aquilo que realmente a sociedade almeja, deixando, portanto, de atender,

⁵ 169 STF, Pleno, ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2016.

consequentemente, os interesses daqueles considerados como minorias frente aos demais da população, justamente por esta razão, que se faz necessário classificá-los e compreender a distinção entre ambos os grupos.

Quando se trata de direitos fundamentais como um todo, é necessária uma breve alusão a respeito das três gerações, ou da forma correta, as dimensões do direito, das quais foram marcadas pela progressão dos direitos dos homens, como igualdade, liberdade, direitos políticos, bem como, sociais, conforme relata Norberto Bobbio (2004).

Da qual foi objeto marcante da primeira, a liberdade contra imposição dos órgãos estatais, conforme estabelece Fábio Konder Comparato (2003, p. 137):

Toda a "primeira geração" de direitos humanos, nos documentos normativos produzidos pelos Estados Unidos recém independentes, ou pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos, contra a prepotência dos órgãos estatais.

Já a segunda dimensão, marcada pelos direitos frutos da Revolução Francesa, ou melhor dizendo, direitos sociais, culturais, direito de igualdade, da qual contou como documento representante desta dimensão, a Constituição de Weimar.

Posteriormente, a terceira dimensão, estabelecendo por fim, os direitos fundamentais, com a declaração Universal dos direitos humanos, na Organização das Nações Unidas.

Sob o mesmo viés, também estabelece, Alves (2009, p.13):

O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas: pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que não são, que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. Considerando que tudo foi negado as minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença (conceito que deve ser tomado em sua acepção filosófica).

Para Élide Séguin (2002, p. 09):

Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste. [...] Conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas. (SÉGUIN, 2002, p. 9).

Sendo assim, ao conceituar estas, deve se então analisar, ou melhor dizer fazer uma ponderação entre realidade e as conquistas modernas que obtiveram, não se restringindo tão somente a critérios ligados a etnias, religião, cultura ou línguas. Sendo assim, analisa-se minorias, como sendo algo numericamente inferior, ou seja, grupos de indivíduos dos quais se distinguem dos demais da população.

Assim, também nos traz Aurélio (dicionário online)⁶: “Inferioridade numérica; parte menos numerosa de uma corporação deliberativa, e que sustenta ideias contrárias às do maior número”.

Sob o mesmo viés, Francesco Capotorti, em *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Minorities*, também a define como:

A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a nondominant position, whose members – being national of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language

Assim, Séguin, elucida a respeito destas minorias, conforme entendimento de Capotorti (1991) que para tanto, gozam dos seguintes elementos:

- a) o numérico;
- b) o da não dominância;
- c) o da cidadania;
- d) o da solidariedade entre seus membros para que suas culturas, tradições, religiões ou idiomas sejam preservados

Porém, frisa-se, que para que esta possa ser protegida institucionalmente, não se leva em consideração tão somente o aspecto numérico, visto que podem ser a maioria numérica, e ainda sim ser considerada minoria, não sendo por si só suficiente para tal, necessitando, portanto, que esta seja a parte não dominante de determinado Estado e que para tanto, se encontra em desvantagem social.

Já em relação a solidariedade, citada supra, se refere aos seus membros, na tentativa de preservar suas culturas, tradições e assim, defender aquilo pelo qual as fazem se distinguir dos demais.

⁶ Definição retirada do dicionário on-line. Disponível em: <http://www.osdicionarios.com/c/significado/minoria>. Acesso em: 22/10/19

Ante todo o exposto acerca de sua definição e elemento, se torna evidente que, justamente em razão de tais peculiaridades, que se faz necessário um ajuste para que então possam ser inseridos na sociedade, para que assim, também possa ser respeitado e efetivo aquilo que nos estabelece o princípio da isonomia, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

Em relação a concepção de igualdade também preconiza Aristóteles do qual afirma que “a igualdade se refere a tratar os iguais igualmente, porém na medida de sua desigualdade”.

Sendo dever, portanto, do Estado de garantir tal igualdade, a partir de políticas públicas, ações, dentre outras medidas, para que estes possam se encontrar inseridos na sociedade, bem como auferir aquilo que lhes é direito. Como por exemplo, ações afirmativas que asseguram maior participação feminina na política, ou ocupação de cargos públicos a pessoas com deficiência e outros.

Portanto, resta salientar, que em cada Estado, é possível identificar grupos minoritários, frente as maiorias dominantes deste, e que para tanto podem ser verificadas através de questões ligadas a religião, física, etnia, sexualidade e dentre outras. Onde se pode utilizar como exemplo, as mulheres, negros, indígenas, judeus, transexuais e outros.

Insta salientar, que há diferença entre as minorias e grupos vulneráveis, sendo estes uma pequena parcela da população, dos quais também possuem direitos políticos e civis, que, entretanto, se veem maculados pela sociedade majoritária.

E por esta razão, para que a sociedade de forma geral, venha a macular tais direitos se faz necessário os grupos vulneráveis se encontrarem em grupo desfavorável em relação a estes, caso contrário, estes poderiam se rebelar.

A ligação entre estes dois grupos ocorre em razão, de se encontrarem em situações fáticas de desvantagem social, onde por vezes o poder público acaba por não os atender ou os excluir da sociedade, tendo conseqüentemente seus direitos violados. Onde podemos citar como exemplo, as mulheres, idosos e outros.

Conforme dito supra, embora ambos tenham ligações em determinadas situações fáticas, ainda assim, não se confundem, visto que as minorias são constituídas de solidariedade e autodeterminação, fator este não observado em relação aos vulneráveis, que por vezes, encontram-se esparsos pela sociedade, dificultando para tanto, a chance de exigir tal reconhecimento e tratamento diferenciado perante o Estado, devido não se encontrarem de forma organizada, os mesmos acabam por ter que lutar por tais direitos de maneira individualizada, dificultando ainda mais, sua visibilidade perante tais órgãos e da maioria.

3.3 Função Contramajoritária

A priori, conforme entendimentos de Kelsen (2000) e Bonavides (2012), se faz importante mencionar que todo Estado almeja e se reconhece como um Estado democrático de direito, porém, somente esta autoafirmação não é suficiente para realmente torná-lo um.

O que significa dizer, que, para que um Estado possa realmente ser reconhecido como democrático, este deve garantir e respeitar a liberdade de cada indivíduo, reconhecendo para tanto, os interesses da sociedade em geral, denominada como maioria, bem como as minorias e vulneráveis.

Adotando, portanto, a postura da qual vise a participação de ambos os grupos em momentos como o de deliberação, se utilizando, quando necessário de medidas, ações e instrumentos, para que não se tenha o autoritarismo da maioria, mas sim, a democracia, ou seja, a inclusão de todos, sem restrições.

Neste sentido estabelece Kelsen:

De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria (KELSEN, 2000, p. 67)

Por esta razão, para que um Estado seja reconhecido democraticamente, este deve não somente preservar os direitos das maiorias, como também reconhecer e garantir os interesses e direitos dos grupos minoritários, visto

que estes também fazem parte da sociedade e configuram para tanto, pressuposto de existência dos demais.

Insta salientar, que ainda hoje, a vontade da maioria é a regra, conforme estabelece o princípio majoritário, todavia, o Poder Judiciário como guardião da Constituição e incumbido de cumprir com sua função social, se utiliza do princípio contramajoritário, a fim de garanti-los.

Justamente por esta razão, que se faz presente e necessário o controle de constitucionalidade, a fim de verificar se tais normas emanadas dos demais poderes, encontram-se em respectiva consonância ao que estabelece a Constituição. Neste sentido, Professor Bernardo Gonçalves (2011, p. 901) evidencia que:

O controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar.

Portanto, o controle de constitucionalidade se faz presente para que se mantenha a organização do próprio Estado, mecanismo do qual o Supremo Tribunal Federal garante consequentemente a supremacia e efetividade dos direitos fundamentais (SANTOS, 2011).

Com relação ao princípio contramajoritário, entende-se ser este o real motivador de tal atuação contra as vontades da maioria, do Judiciário, do qual visa a correta interpretação da Constituição, bem como garantir a democracia no respectivo Estado (SANTOS, 2011).

Desta forma, incumbe dizer que através desta atuação que se permite a participação das minorias na defesa de seus interesses, para que não se encontrem massacrados pelo autoritarismo dos que se julgam ser maioria, rejeitando para tanto qualquer prática abusiva e ato em desacordo com as premissas da Constituição Federal. Conforme estabelece o artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]

Há, ainda, quem defenda se tratar de “usurpação de poder”, em relação aos demais, o que levaria a instabilidade governamental, visto que tais decisões são proferidas por aqueles dos quais não foram eleitos pela população, e sim mediante cargo público, o que em contrapartida, significaria maior estabilidade, em razão de possuírem qualificação técnica para tal, bem como, atuação livre de “bajulações”, visto que em razão de sua vitaliciedade não necessitam agradar a população apenas com intenção de manter no poder.

Desta forma, estabelece José Afonso da Silva (2011, p. 46):

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Sob o mesmo viés, relata Victor Marcel Pinheiro e Virgílio Afonso da Silva (apud. SANTOS, 2011, p. 34):

o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz

apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

Por esta razão, conforme dito supra, que se faz necessário a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, a fim de evitar abuso de autoridade, bem como salvo guardar o que preconiza a Constituição.

Ainda, estabelece Santos (2011, p. 34):

A grande problemática no que diz respeito às funções atípicas é encontrar os limites para o exercício de tais funções, especialmente em relação ao Poder Judiciário que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é visto por membros dos demais Poderes como usurpador da função legislativa.

Por esta razão que, Vicente Paulo de Almeida, (apud. SANTOS, 2011, p.60), nos evidencia que, o Poder Judiciário, atuará ora como legislador negativo, quando para invalidar atos dos demais poderes, ora como legislador positivo, quando para suprir omissões legislativas, na busca de efetivação dos direitos fundamentais, bem como, guardião da Constituição, impedindo, portanto, qualquer abuso da maioria. Sento este também o entendimento de Renato Ângelo Salvador Ferreira (2012, p.15):

O Supremo Tribunal Federal (STF) observou não só o disposto na Constituição de 1988, como também o previsto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e, sobretudo, o fez com expresso poder contramajoritário, atuando na proteção das minorias contra imposições discriminatórias e desarrazoadas das majorias, interpretando e aplicando o ordenamento jurídico em favor dos vulneráveis homoafetivos.

Hipótese esta, em que o Judiciário julgou através da ADI 4277/DF ⁷, a respeito da equiparação do regime da união estável para união homoafetiva, ou melhor dizendo, a união de pessoas do mesmo sexo, reconhecendo estas como entidade familiar. Caso emblemático e marcante, que será posteriormente aprofundado, no próximo capítulo.

Por fim, se resta evidenciado, a plena e legítima atuação do Poder judiciário, ora como legislador negativo, ora como legislador positivo, do qual caberá

⁷ Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. (STF, ADPF 132)

ao Supremo Tribunal, atuar, sob a luz do princípio contramajoritário, para a proteção dos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição, bem como assegurar a democracia do Estado, permitindo a participação da sociedade, incluindo para tanto as minorias e grupos vulneráveis, para que se encontre satisfeitos seus interesses, repelindo qualquer forma de abuso da maioria perante estes, assegurando portanto, nada mais do que já estabelece a própria Constituição.

Insta salientar, ser este também o entendimento do excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, onde evidencia que tal atuação contramajoritária, se faz necessária a fim de garantir a estabilidade de governo, visto que conforme este em discurso no 20º Congresso Brasileiro de Direito Notarial e de Registro, “Não há estabilidade se a maioria oprime a minoria.

4 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF NO RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Por fim, neste capítulo será abordado, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, assumir, em caráter excepcional seu papel contramajoritário, a fim de, não somente proteção e garantidor de direitos, como também, promover a reinserção das minorias na sociedade, objetivando que as mesmas possam ter voz frente esta, bem como, auferir daquilo que estabelece a Constituição Federal de 1888. E que para tanto, será apresentado, os principais casos, dos quais suas decisões se tornaram um marco histórico, justamente por sua urgência, bem como, contribuindo para a quebra de paradigmas, progressão e fazendo jus ao que se permite ser nosso país, um estado democrático de direitos.

4.1 Notas Conceituais de “Família”

Em um primeiro momento, se faz necessário uma breve análise, a respeito da evolução da família no Brasil, bem como, decisões que se tornaram um grande marco em nossa sociedade, tendo em vista, tamanha importância para evolução do direito e efetividade dos direitos já estabelecidos pela Constituição.

Momento este, ocorrido no dia 5 de maio de 2011, sendo Brasil marcado por um uma decisão histórica, o qual passa a considerar a união homo afetiva como uma entidade familiar.

Podemos dizer, que, o conceito de família e as relações que nela se integram, sofreram diversas transformações nas últimas décadas.

Partindo da histórica do direito romano, a organização e estrutura da família estavam voltadas totalmente sob a figura masculina, ou seja, sob a autoridade paterna, no qual o homem teria soberania sob os demais entes da família. Neste conceito, o pai como sendo autoridade, possuía o direito de vida ou morte sob seus filhos e até mesmo sob sua esposa, na qual era classificada como rés, onde a qual, não havia o direito de possuir bens, não possuía capacidade jurídica, e a ela cabia apenas os afazeres domésticos, se tornando assim dependente do marido, sendo assim denominada como um objeto pela sociedade.

Na morte do marido, quem assumiria seu cargo de pater família, seria seu filho primogênito, e a ele seria entregue toda sua sucessão e herança.

Nesse sentido, se torna possível evidenciar o expressivo marco deixado pelo direito romano no direito de família, em relação a seus conceitos dos quais pautavam-se não somente no casamento, bem como, no autoritarismo, ato pelo qual era imposto pela figura do pater, dando início ao que se reconhece como pátrio poder, atualmente denominado de poder familiar. Pela sua forte influência incorporaram-se no antigo Código Civil brasileiro, ademais, que ainda nos dias atuais percebe-se sua influência na legislação vigente.

O direito canônico, diferente do direito romano, foi expressamente marcado pelo advento do cristianismo, onde de acordo com esse momento, as famílias só poderiam ser instituídas a partir de uma cerimônia religiosa.

A partir de então, o casamento foi elevado à sacramento pelo cristianismo, do qual não seria possível ser desfeito pelas próprias partes, o que significaria dizer que, unicamente a morte separaria a união entre um homem e uma mulher, dada a partir da troca de alianças. Passando conseqüentemente a igreja a ter extrema relevância no direito de família em seu âmbito de decisões jurídicas, possuindo a partir de então, poderes para interferir de forma decisiva nos designios familiares.

As mulheres, ainda que não possuíssem uma forte influência no sacramento, deixaram de ser totalmente dependentes dos homens, tornando-se uma parte importante para a instituição de uma família.

Portanto podemos declarar que o Direito de Família e seus conceitos no Brasil, sofreram forte influência principalmente da família romana, canônica e germânica.

E somente atualmente é que (GONÇALVES, 2009, p.16): “em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, [...] passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade [...]”

Por consequência da evolução histórica e da sociedade, o que antes era aceito por ela, hoje passa ser abominado pela própria, como por exemplo, a partir de agora, o pai não possuía mais o poder de morte ou vida sobre os filhos e esposa, como também não existia mais a possibilidade de anulação do casamento se constatada a esterilidade.

4.2 Evoluções da Família na Constituição

Seguindo a caminhada de evolução, ainda antes da Constituição Federal de 1988, haviam as leis, das quais regulava o paradigma de família, entendida por patriarcal, se restando excluída da tutela jurisdicional a possibilidade de qualquer outra espécie de entidades familiar, bem como, os filhos, quando este, não provenientes do casamento.

Portanto, podemos dizer que o matrimônio, seria a única forma de se constituir uma família, na qual era denominada de família legítima, não sendo, portanto, reconhecia toda e qualquer outra forma de família, ainda que esta fosse manifesta pelo afeto.

Mais tarde, por volta de 1949, com a vigência da Lei nº 883, da qual tratava a respeito do reconhecimento dos filhos considerados ilegítimos, através da ação de filiação, os quais estes, a partir de então passariam a possuir direitos de herança, bem como, sucessão, inclusive a alimentos provisionais em segredo de justiça, podendo ser reconhecido, seu direito de igualdade.

Ademais, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, os filhos eram classificados em: biológicos, legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e adotivos.

Conceitos estes, retrógrados e podemos dizer que expressamente preconceituosos, dos quais levaram décadas para que enfim fossem abandonados pelo legislador.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o conceito de família foi novamente alterado, que, entretanto, reconheceu e deu ensejo, novamente, a todos os direitos pautados nos princípios, dos quais foram conquistados até aquele momento.

Diante desta nova concepção, o modelo de família tradicional passou a ser atribuído na forma de se constituir um núcleo familiar.

Que conforme o artigo passou a ser uma comunidade, da qual era fundamentada e reconhecida pelo afeto e a igualdade:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

§ 1º O casamento é civil e gratuito a 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 o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar 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.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Conforme elucida Michele Amaral Dill e Thanabi Bellenzier Calderan: A Constituição Federal de 1988 propiciou uma profunda mutação na estrutura social e familiar, por isso foi denominada como “Constituição Cidadã”. Uma nova base jurídica foi lançada visando auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade, e acima de tudo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. (DILL E CALDERAN, 2011, s. p)

Esses princípios foram então atribuídos ao direito de família, do qual partindo deles, foi transformado o conceito de família, sendo considerada a partir de então, uma união marcada pelo amor recíproco.

A partir da inovação de seu conceito, a qual agora não mais necessita ser proveniente de um matrimônio, um casamento formal, mas passa a ser considerada também a “união estável”, entre um homem e uma mulher, como esta sendo uma entidade familiar protegida pelo Estado, podendo ser facilmente convertida em casamento, em dever da lei. (Artigo 226, § 3º).

A partir de então, a união entre homem e mulher, ainda que legalizada ou não, que possuísse certa duração, enquadra-se então em um núcleo familiar. Um agrupamento de pessoas unidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses.

Do qual se faz possível observar, três formas de constituição de família, podendo esta ser matrimonial, simplesmente civil, religiosa ou até mesmo união estável, podendo inclusive ser formada por pais e desentendes.

Porém, as concepções de família não pararam por aí, desde então a sociedade vem evoluindo cada vez mais, abrindo maior espaço para a diversidade cultural e leques para uma mentalidade aberta e mais flexível.

O que antes era instituído pela Constituição Federal de 1888, como sendo família apenas homem e mulher, hoje possui uma nova forma de interpretação, onde nos retrata esta como um exemplificativo, podendo assim se originar família a partir da união de indivíduos do mesmo sexo.

A partir desse pressuposto, surge a concepção da formação de família, através da união homo afetiva. Da qual seu conceito consiste a partir da união de dois indivíduos que possuem o mesmo sexo, sendo ele masculino ou feminino. Onde essa relação contempla perfeitamente as características de uma relação heterossexual, ou seja, possui um vínculo público e duradouro.

Conceito este que podemos fazer uma correlação com a união estável, previsto no Código Civil vigente:

Art. 1.723, CC. É reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A partir deste artigo podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal permitiu a interpretação extensiva, onde a união homo afetiva também pode ser considerada como união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ficando evidente que a única distinção entre ambas está no que diz respeito à diversidade sexual.

4.2.2 A legalização do casamento homo afetivo

Contudo, este assunto ainda possui uma enorme percussão na sociedade, sendo alvo de preconceito e discriminação social, que por inúmeras vezes ultrapassa a violência verbal, e a física, tendo como seu desfecho final a morte.

No dia 5 de maio de 2011 o Brasil ganha um marco histórico na sociedade, quando o Supremo Tribunal Federal exerce a função que pode ser considerada como ativismo judicial, que por sua vez, o judiciário acaba por legislar.

Onde o STF reconheceu a família homo afetiva, que conferiu aos casais homossexuais o direito à união estável. Sendo esta decisão proferida no julgamento da ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ.

Assim buscou o reconhecimento da união estável entre pessoas que possuem o mesmo sexo com sendo entidade familiar, e também os direitos e deveres que são reconhecidos para os casais heterossexuais devendo ser estendido também para os casais homossexuais, ademais reconheceriam que o impedimento ou não reconhecimento da união estável para a relação homo afetiva estaria ferindo os direitos fundamentais como, liberdade, igualdade e princípio da dignidade humana, sendo estes artigos previstos na Constituição, sendo assim essa resolução possui força de lei devendo ser cumprida.

Portanto, podemos dizer que esse reconhecimento da união estável entre homossexuais, proporcionou um avanço na Legislação Brasileira.

Com o avanço da Legislação, o âmbito dos direitos vem sendo reconhecido cada vez mais pela sociedade, ainda que possuímos muito o que corrigir, devemos refletir sobre os direitos de sexualidade, direito no qual vem sendo muito discutido e argumentado.

A sexualidade é um direito inerente às condições humanas, o que constitui um fator incansável pela busca da felicidade que todos almejam. Pode se dizer que, a sexualidade pode ser classificada como a liberdade de escolha, sendo este um direito fundamental do ser humano. Melhor dizendo, a orientação seja ela sexual ou não, o que o indivíduo opta na esfera de sua vida privativa, não se admite restrições a quaisquer direitos.

Fundamento este, presente na Constituição como sendo um de seus princípios, como a igualdade. Trazendo-nos expressamente positivada em seu inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal:

Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e do inciso XXX, art.7º CF “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério da admissão por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil.

Abolindo então a discriminação de um ser humano em razão de sua orientação sexual, ou qualquer seja o fator.

Como havia dito anteriormente, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, fica evidente que a união homo afetiva possui os mesmos direitos que os casais heterossexuais, melhor dizendo, possuem direito a sucessão, herança, e direito a adoção.

Tendo em vista o direito de sucessão, pode-se fazer uma breve correlação ao caso de Chicão, filho da cantora Cássia Eller, esta homossexual, conviveu e possuiu uma relação com Maria Eugênia, por 14 anos. O que antes não era considerado, hoje pode se dizer que ambas viviam em uma união estável. Antes deste relacionamento, Cássia Eller já possuía um filho, Francisco Eller, o Chicão. Dito por elas, o filho nunca foi um empecilho, ou um problema para o relacionamento, ao contrário, viviam como sendo uma entidade familiar, onde Chicão cresceu saudavelmente com a concepção de que possui duas mães.

O fato acontece quando Cássia Eller vem a falecer em 29 de dezembro de 2001, tendo como causa de morte quatro paradas cardíacas. A partir desse momento, começa o processo de tutela, sobre quem ficaria com a guarda de Chicão, que na época possuía apenas oito anos.

A guarda estava sendo disputada por Maria Eugênia, sua companheira, e os avós, já que o pai também já havia falecido.

Como defesa por parte dos avós, alegavam que a guarda a eles, seria a melhor decisão para Chicão, pois ao contrário de Maria Eugênia, possuíam laço sanguíneo com o menor.

O juiz da 2ª Vara de Órgãos e Sucessões, Luiz Felipe Francisco, concedeu como o principal objetivo da justiça o bem-estar do menor.

Assim foi definida a guarda permanente a Maria Eugênia, tendo como contribuição para o resultado da ação a vontade do menor, e a defesa dos irmãos de Cássia em favor da guarda para Maria Eugênia.

Pode-se dizer neste caso, que o juiz, por possuir uma mentalidade ampla sobre os homossexuais, que ainda não reconhecidos por lei, concluiu que não

se deve considerar apenas o laço sanguíneo de família, mas também a afetividade em relação a ela, sendo que este fator o menor não possuía perante os avós.

Agora imaginemos que o resultado da ação, trouxesse aos avós a guarda do menor.

Pode-se alegar que possuía laços sanguíneos? Sim, porém isso não se diz suficiente por si só, levando em consideração, o psicológico do menor, como quebrar a afetividade de alguém que o próprio conviveu e considerava como também sendo sua mãe? Qual seriam as reações desta criança ao conviver com pessoas que sequer havia visto mais que três vezes?

Perante todos estes questionários, fica evidente que o juiz, estabeleceu a guarda para Maria Eugênia, visando o melhor para o menor. Que assim cresceu com saúde, e ao lado de quem realmente possuía afetividade, podendo se dizer, sua verdadeira família.

Portando podemos considerar que o caso de sucessão de Cássia Eller, e a decisão do juiz Luiz Felipe Francisco, foi um marco no Brasil, onde trouxe um avanço na caminhada de reconhecimento da afetividade e do casamento homoafetivo.

4.3 Criminalização da Homofobia

Outra decisão da qual deve ser lembrada, em razão de sua extrema importância, não somente para reconhecimento e efetividade de tal direito, como também, por elevar nosso ordenamento jurídico para um outro nível, fazendo jus novamente, ao que almeja o papel iluminista de nossa Corte, ou seja, impulsionar a sociedade, para que esta permaneça em constante evolução e progresso.

Em um primeiro momento, se torna importante fixar o que se entende por homofobia, podendo esta ser definida como um desprezo, preconceito, bem como, mera antipatia, inclusive aversão ante a não somente homossexuais, bem como todos da comunidade LGBTQ+

Sobre sua definição, o sociólogo Junqueira (2009, p. 370) nos alude acerca de determinadas afirmações de estudiosos a respeito destas emoções:

Essas emoções, em alguns casos, seriam a tradução do receio (inconsciente e “doentio”) de a própria pessoa homofóbica ser homossexual (ou de que os outros pensem que ela seja). Assim, seriam indícios (ou

“sintomas”) de homofobia o ato de se evitarem homossexuais e situações associáveis ao universo homossexual, bem como a repulsa às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Essa repulsa, por sua vez, poderia se traduzir em um ódio generalizado (e, de novo, “patológico”) às pessoas homossexuais ou vistas como homossexuais. (JUNQUEIRA, 2009. p. 370)

Acreditando para tanto, possuir esta um caráter patológico, considerada para tanto uma “doença”, em outra perspectiva, entendem e definem sob um ponto de vista negativo, como por exemplo uma vivência negativa relacionada a tais questões sociais, possuindo, portanto, um comportamento negativo.

Podendo inclusive tal repulsa, estar relacionada ao próprio medo de ser homossexual, bem como, o que pensariam as pessoas a seu respeito, dentre diversos motivos. São pensamento como estes, que nos evidencia novamente a extrema importância de criminalizar e repelir tal conduta, tendo em vista, tamanha consequência para nossa sociedade, onde homossexuais por inúmeras vezes, se tornam cada vez mais, alvos de agressões físicas, verbais, psicológicas, justamente em razão de sua orientação e que por vezes acabam por não se assumirem publicamente por medo de ser somente mais uma vítima de tamanha incredulidade humana, deixando conseqüentemente de usufruir e exigir aquilo que a própria Constituição Federal determina, ou seja, uma vida digna.

De mesmo modo, conforme demonstra Borillo (2010), é justamente em face da heterossexualidade que pode ser verificado a rejeição existente em face de qualquer outro modelo social diverso, ou que simplesmente não esteja limitado ao que é considerado “padrão”, imposto pela sociedade, e que por este motivo, qualquer comportamento que não esteja em consonância com esta regra imposta, não será aceito, surgindo e elevando conseqüentemente os indices de condutas homofóbicas.

Neste sentido, relata:

Aceita na esfera íntima da vida privada, a homossexualidade torna-se insuportável ao reivindicar, publicamente, sua equivalência a heterossexualidade. A homofobia é o medo de que a valorização dessa identidade seja reconhecida; ela se manifesta, entre outros aspectos, pela angústia de ver desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual. (BORILLO, 2010, p.17)

Para melhor elucidação de tamanha problemática a respeito de tais condutas, se faz necessário analisar os elevados índices estatísticos de violências provenientes destas em face daqueles pertencentes a comunidade LGBTQ+.

Onde se torna possível observar o alto índice de mortes de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis, registrando no Brasil o total de 141 mortes até 15 de maio deste ano, sendo este levantamento realizado pelo GGB (Grupo gay da Bahia), divulgado pela Folha de S. Paulo, no dia internacional do Combate à LGBTQfobia, onde evidencia a morte de uma pessoa a cada 23 horas desta comunidade, bem como esclarece que a tendência é de que se alcance os mesmos números finais do ano de 2018, no qual totalizaram 420 mortes.

E ante tais dados assustadores, que estas condutas se tornam cada vez mais presentes em nosso cotidiano, reforçando novamente a correta e eficaz decisão do STF em criminalizar tal conduta, a fim de garanti-los não a proteção, mas assegurá-los e providenciar o reconhecimento de seus plenos direitos, seja ele de uma vida digna, bem como, o repúdio a qualquer meio discriminatório em relação qualquer indivíduo, contemplado por nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º XLI, ensejando para tanto em responsabilidade penal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Insta salientar, que conforme citado anteriormente, nosso ordenamento jurídico não acompanha tal evolução em todos os seus aspectos, em razão desta, que sem fixam omissões legislativas em nosso código penal, no qual, acabam por se utilizarem de outras tipificações para tais condutas, como por exemplo, crimes contra honra, motivo torpe e outros, afim de suprir tal lacuna.

Justamente ante tal problemática, que se fez necessária a intervenção do Judiciário, a fim de suprir tal omissão legislativa, atuando o Supremo Tribunal Federal em seu papel como Corte Constitucional e, portanto, fazendo jus ao que lhe compete.

Diante da necessidade, foi então levado ao julgamento a ADO Nº 26 (Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão) e MI 4733 (Mandado de

Injunção), a problemática de omissão legislativa em relação a criminalização da homotransfobia, situação esta, pendente e paralisada a um longo período de tempo sob o crivo do Poder legislativo, tendo felizmente o seu julgamento no dia 13 de junho deste ano (2019).

Entendendo o Plenário do STF, tratar-se de caso de omissão inconstitucional, em detrimento de não ser editada nenhuma lei que criminalizasse ou que viesse a banalizar tais condutas, aprovando para tanto, por maioria dos votos, dentre estes, os ministros Celso de Mello (relator), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Gilmar Mendes, os quais foram favoráveis ao enquadramento da homotransfobia ao crime de racismo, previsto pela Lei 7.716/89, até que por fim, o legislativo, leia se Congresso, edite para tanto uma lei que assim tipifique tal conduta (Acórdão em anexo).

Dentre os votos, há de se ressaltar as teses afirmadas por alguns destes, no qual entende a ministra Carmén Lucia, ser a problemática de extrema urgência, tendo em vista inúmeras mortes, das quais conforme elucidado anteriormente, vem se elevando e alarmando para tanto seus indícios a cada dia, afirmando a mesma que a particularidade de cada indivíduo, não se torna para tanto justificativa para tamanha incredulidade, desigualdade, atingindo tal discriminação, não somente a vítima, mas como a sociedade como um todo, afirmando para tanto a ministra (2019,s.p), o dever de: “A tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel” .

Bem como o ministro Luís Roberto Barroso, do qual também votou a favor da criminalização e enquadramento, afirmando para tanto, se tratar de um ato legítimo do Supremo Tribunal Federal, visto que o mesmo, dentre seus papéis, o representativo, ou seja, atendendo as demandas sociais das quais não foram analisadas e reconhecidas pelo Poder Legislativo, situação esta, claramente exercida em caráter excepcional, sendo incumbido para tanto ao Legislativo tal função e que no presente caso, permanecia em constante inércia, tendo o judiciário para tanto, o dever de concretizá-lo.

Ao mesmo passo, afirma este ser o papel iluminista também desempenhado pela Corte, sendo este, o de impulsionar a sociedade para que permaneça em constante progresso e evolução, ainda que tais decisões sejam

diversas daquelas majoritárias, conforme elucidado anteriormente, referente ao caso do reconhecimento da união homoafetiva.

Assim afirmou o ministro em seu voto (2019, s.p):

Não escapará a ninguém que tenha olhos para ver e coração para sentir que a comunidade LGBT é claramente um grupo vulnerável vítima de discriminações e de violência. Sendo assim, o papel do Estado é intervir para garantir o direito dessas minorias

Sendo assim, em consonância ao entendimento do ministro e conforme já elucidado nos capítulos anteriores, o Supremo Tribunal Federal, atua em algumas hipóteses, ou seja, quando para confrontar alguma lei da qual não esteja de acordo com o que estabelece a Constituição ou quando se tratar de direitos fundamentais, e que conseqüentemente necessitam ser tutelados, e que para tanto se utiliza este de sua figura proativa, ou simplesmente atuando como Guardiã da mesma, interpretando-a de acordo com suas premissas.

Assim, não há como o Supremo Tribunal Federal, em se tratando de Corte Constitucional, fechar os olhos frente tamanha problemática, seria como se fechasse os olhos para o que determina a Constituição, e partir daí estaríamos diante de insegurança jurídica pois não seria possível identificar quando os princípios e prerrogativas desta seriam aplicados, bem como, deixando de fazer jus ao que se denomina nosso Estado, como democrático de direitos, visto que somente estariam sendo aplicados e garantidos aos que se denominam maioria, se restando novamente prejudicados e excluídos da sociedade as minorias e vulneráveis, que neste último, se encontram a comunidade LGBT+, sendo dever portanto da Corte de protegê-los e conseqüentemente garantir nada além do que lhe fazem jus.

Neste sentido, afirma o Barroso (2019, s.p):

Sempre que um modelo de pensamento fundado na exploração da ignorância e do preconceito põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida a comunidades exposta ao risco da perseguição e intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça a proteção adequada aos grupos hostilizados

Confirmando para tanto a atuação legítima da Corte, atuando contramajoritariamente no presente caso, a fim de que se efetive e reconheça os

interesses das minorias, não atendidas pelo Poder Legislativo, como forma de aplicar nada além do que determina a Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

A análise a respeito das vertentes do Constitucionalismo, sendo elas, o Constitucionalismo Político estabelecido por Richard Bellamy e os argumentos de Jeremy Waldron, a respeito do Constitucionalismo Jurídico, e suas contraposições em relação ao primeiro.

Do qual foi analisado as perspectivas de ambas as vertentes, a fim que se defina qual Poder, seria o mais adequado e eficiente a resolução dos conflitos existentes em nossa sociedade, analisando para tanto, a participação destes, bem como o predomínio do viés democrático, através da participação popular, sem que sejam excluídas as minorias.

Diante deste fato, a participação popular, não pode ser somente caracterizada ao seu exercício de voto, eleição de seus representantes, sendo este em suma, de caráter coletivo, não tendo outra alternativa, senão a busca pelo Poder judiciária a fim de sanar um direito de forma coletiva, porém, individual, garantindo assim, a expansão do Poder Judiciário em relação a sua participação mais proativa, não se resumindo apenas, em soluções dentro do processo judicial, discutindo portanto a sua legitimidade para tal.

Que se resta evidente, o Poder legislativo ser eficiente no que se refere ao bem comum, visto que o mesmo contribui para com a participação popular em suas decisões, em razão do voto da maioria eleger seus próprios representantes, entretanto, a população acaba por procurar o Judiciário na resolução de seus direitos individuais e de acordo com suas especificidades, bem como diante da ineficácia do Legislativo, garantindo a efetividade em razão de possuir elevado conhecimento técnico e, portanto, garantir a concretização de tais direitos, decisão esta, contramajoritária.

Possuindo então, maior competência para tal função, em consideração a sociedade pluralista em que vivemos, e que mesmo diante de um Estado democrático de Direito, ainda clama pela concretização e garantia destes.

Insta salientar, ante a constante evolução de nossa sociedade contemporânea, assume o Supremo Tribunal Federal uma nova postura, sendo ela a de Corte Constitucional, a fim de que se efetive aquilo que determina nossa Constituição, atuando para tanto em três hipóteses, ou seja, invalidando ou editando alguma lei ou ato normativo do Poder Legislativo que seja contrário a Constituição, ou situações em que versem sobre direitos fundamentais, desempenhando para tanto, como guardião do que determina esta. Sendo por fim, incumbido a este, três importantes papéis, o representativo, contramajoritário e iluminista, ora atendendo as demandas sociais não reconhecidas ou analisadas pelo Legislativo, bem como, na proteção dos direitos fundamentais, inclusive das minorias, a fim de que os mesmos possam usufruir aquilo que lhes é devido, proferindo em caráter excepcional decisões das quais visam impulsionar a sociedade para novo estágio de evolução e progresso, assumindo para tanto postura mais proativa, e conforme evidenciado na presente pesquisa, plenamente legítima de tal Corte.

Justamente em razão de tal postura, que se fez necessário conceituar quem seriam estas minorias, no qual se restou evidenciado a crise de representatividade das mesmas, visto que permanecem em desvantagem em relação as majorias, que, contudo, fazem parte da sociedade como um todo e que, portanto, incumbe dizer que não há maioria sem as minorias, devendo vigorar o princípio da igualdade, afim de inclui-los na sociedade, atendendo para tanto seus interesses.

Por fim, estudo a respeito do papel contramajoritário assumido pela Corte, bem como sua importância para sociedade, ainda que de forma excepcional, a fim de atender as demandas sociais, bem como garantir a efetividade processual dos direitos fundamentais, e assim, de forma evidente comprovar sua plena e legítima atuação, claramente comprovada através dos casos apresentados.

E que portanto, se resta elucidado o fato do Supremo Tribunal Federal, como uma Corte Constitucional de direitos, e atuando sempre ao que determina nossa Constituição, bem como, guardião desta, assumir uma postura positiva, a fim de garantir que tais direitos já fixados pela própria Constituição possam ser auferidos, bem como, assegurar que as minorias possam ser atendidas e

consequentemente incluídas na sociedade, tendo em vista que sem estas, não há maioria, e que portanto, é papel do Judiciário tutelá-las e protegê-las, frente a inércia do Legislativo, a fim de que nosso país, possa fazer jus ao que se denomina por um Estado democrático de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

AMORIM, Felipe. **QUEM TEM CORAÇÃO VÊ DISCRIMINAÇÃO A LGBT'S, DIZ BARROSO AO VOTAR NO STF**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/21/stf-votos-homofobia-se-tornar-crime.htm>>. Acesso em: 23/09/19

ATOS HOMOFÓBICOS E TRANSFÓBICOS SÃO FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE RACISMO SOCIAL. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>>. Acesso em: 23/09/19

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e segurança jurídica**. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 01.

BARRETO, Luciano Silva. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 24/09/19

BARROSO, Luís Roberto. **CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA: OS PAPÉIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNIAS**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 20/09/19

BARROSO, Luís Roberto. **COUNTERMAJORITAN, REPRESENTATIVE AND ENLIGHTENED: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Eletrônica Direito e Práxis, outubro, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 21/09/19

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Revista atualidade jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed.jan/fev 2009. Acesso em: 06 de abril de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público,

nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 07/04/19

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 05/03/2019.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político: Una Defensa Republicana de la Constitucionalidad de la Democracia**; Tradução: Jorge Urdanóz Ganuza e Santiago Gallego Aldaz. 1ª ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BENTO, Lucival Paulino Filho. **A ilegitimidade democrática da Corte constitucional brasileira sob a perspectiva do Constitucionalismo Político idealizado por Richard Bellamy**. Ano.2017. Disponível em: <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/66/67>>. Acesso em: 05/04/19

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004

BOCCHINI, Bruno. **ALEXANDERE DE MORAES DIZ QUE PAPEL DO STF É EVITAR DITADURA DA MAIORIA**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-11/alexandre-de-moraes-diz-que-papel-do-stf-e-evitar-ditadura-da-maioria>>. Acesso em: 22/09/2019.

BOCHENEK, Antonio César. **O JUDICIÁRIO BRASILEIRO É DEMOCRÁTICO-CONTEMPORÂNEO**. Disponível em: <<tps://www.conjur.com.br/2013-jan-06/segunda-leitura-judiciario-brasileiro-democratico-contemporaneo>>. Acesso em: 05/04/2019

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Malheiros: São Paulo, 2012.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010

BRASIL JÁ REGISTRA 141 MORTES DE LGBT'S EM 2019. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/humanista/2019/05/17/brasil-ja-registra-141-mortes-de-lgbts-em-2019-personalidades-se-manifestam-nas-redes-socias/>>. Acesso em: 23/09/19

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

BRITO, Jaime Domingues. **MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: AQUILATANDO AS POSSÍVEIS DIFERENÇAS PARA FINS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/145/145>>. Acesso em: 22/09/19

CALDERIA, Débora Monteiro De Lima. **O neoconstitucionalismo e a sua influência na jurisdição: Apontamentos sobre a técnica dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro.** Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima13/01-Anima13-O-NEOCONSTITUCIONALISMO-E-A-SUA-INFLUENCIA.pdf>>. Acesso em: 06/04/2019

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities.** Geneva: Center for Human Rights, 1991.

CAROLINA, Amanda. **O neoconstitucionalismo e o neoprocesualismo aplicados ao Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44155/o-neoconstitucionalismo-e-neoprocesualismo-aplicados-ao-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 05/04/2019

CASTRO, Raquel. **APROVADO O CASAMENTO GAY NO BRASIL.** Disponível em: <<https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100519433/aprovado-o-casamento-gay-no-brasil-raquel-castro>>. Acesso em: 14/05/2019

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DILL, Michele Amaral e CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019#_ftn53>. Acesso em: 16/05/2019

DINIZ, Daniela Maria Isabela da Silva e ALENCAR, Martina Souza. **NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: UNIÃO HOMOAFETIVA.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=65c89f5a9501a04c>>. Acesso em: 13/05/2019

Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2131>>. Acesso em: 14/05//2019.

ENRICONI, Louise. **O QUE SÃO MINORIAS?** Disponível em: <<https://www.politize.com.br/o-que-sao-minorias/>>. Acesso em: 22/09/19

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. **A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de**

Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, n. 24, p. 5-18, set./dez. 2012

FONSECA, Lorena e COUTO, Felipe Fróes. **Judicialização da política e ativismo judicial: Uma diferenciação necessária.** Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13361/7592>> Acesso em: 25/03/2019

FORONI, Cristina Consani. **A crítica de Jermy Waldron ao Constitucionalismo contemporâneo.**2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/35730/22971>>. Acesso em: 03/03/2019

GALLETTI, Alessandro. **AÇÕES AFRIMATIVAS: MINORIAS ÉTNICAS, LINGUÍSTICAS E RELIGIOSAS.** Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1699/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20ALESSANDRO%20GALLETTI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23/09/19

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro-Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva

HOMOFOBIA. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Homofobia>>. Acesso em: 22/09/19

ITO, Marina. **Judicialização é fato, ativismo é atitude.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em :05/04/2019

JUNQUEIRA; Rogério Diniz. **HOMOFOBIA: LIMITES E POSSIBILIDADESS DE UM CONCEITO EM MEIO A DISPUTAS.** Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256/1689> >. Acesso em: 25/09/19

JUNQUEIRA; Rogério Diniz. **HOMOFOBIA NAS ESCOLAS: UM PROBLEMA DE TODOS.** Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas / Rogério Diniz Junqueira (organizador). – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. Disponível em: <http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib_volume32_diversidade_sexual_na_educacao_problematizacoes_sobre_a_homofobia_nas_escolas.pdf>. Acesso em: 22/09/19

KELSEN, Hans. **A Democracia.** Martins Fontes: São Paulo, 2000

LAZZARINI, Alexandre Alves Et al. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, vol. 2 -Aspectos constitucionais, civis e processuais. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

LEPRE, André. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.** Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/4393/4152>>. Acesso em: 23/09/19

LIMA, Jairo Neia; BEÇAK, Rubens. **Potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade.** Conpedi Law Review. Uruguay. 2016.

LIMA, Wedner Costodio e LIMA, William Costodio. **Judicialização da política e ativismo judicial: O limite da interpretação da Constituição e a relação entre direito e política na jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14650/3075>>. Acesso em: 05/04/2019

MARCATO, Gisele Beltrami Caversan. **A Jurisdição Constitucional entre: O Constitucionalismo Político e o Constitucionalismo Jurídico**

MENDES, GILMAR FERREIRA. **ESTRUTURA E ATRIBUIÇÕES.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/STF__Brasil__Estrutura_e_Atribuicoes.pdf Acesso em: 20/09/19.

MINISTRO CELSO DE MELLO DIVULGA TEXTO DA EMENTA E DO ACÓRDÃO DO JULGAMENTO QUE CRIMINALIZOU A HOMOFOBIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>>. Acesso em: 29/10/19

MORAES, Giovani Silva e PIRES, Nara S.S. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes.** Conpedi 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>>. Acesso em 06 de abril de 2019

NETO, Luma do Nascimento. **Dworkin versus Waldron: Os prós e os contras da revisão judicial.** Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/9816>>. Acesso em: 26/03/2019

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **CONCEITO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia/122592/>>. Acesso em: 15/05/2019

O STF E O SEU PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO. Disponível em: <<http://semdesistir.com.br/2016/06/10/o-stf-e-o-seu-papel-contramajoritario/>>. Acesso em: 21/09/19. Acesso em: 21/09/19

ORTEGA, Carlos Eduardo. **O PAPEL DO STF COMO CORTE CONSTITUCIONAL.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-30/papel-supremo-tribunal-federal-corte-constitucional>>. Acesso em: 20/09/19

ORTEGA, Flavia Teixeira. **BREVE RESUMO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE- ABSTRATO E DIFUSO.** Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controle-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso>>. Acesso em: 20/09/19

PINTO, Ana Clara Costa. **A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** Disponível em:

<<https://www.passeidireto.com/arquivo/37878220/a-criminalizacao-da-homofobia-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 22/09/19

POMPEU, Ana. **CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA EXIGE ATUAÇÃO ILUMINISTA DO STF, DIZ BARROSO.** Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/criminalizacao-homofobia-exige-iluminismo-stf-barroso>>. Acesso em: 23/09/19

RIBEIRO, Nathalia Lima. **CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS HOMOFÓBIAS COMO INSTRUMENTO DE TUTELA A POPULAÇÃO LGBT.** Disponível em:

<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7332/Nathalia%20Lima%20Ribeiro_4310136_assignsubmission_file_TCC%20Versao%20biblio.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23/09/19

ROSA, Igor Ramos e MENDES, Renat Nureyev. **O PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AOS CASOS HOMOAFETIVOS.**

Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/27346>>.

Acesso em: 22/09/19

SANTOS, Bruna Izídio de Castro e ARTEIRO, Rodrigo lemos. **O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO MECANISMO REGULAMENTADOR DA SOBERANIA.** Disponível em:

<<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/8.pdf>>. Acesso em: 23/09/19

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade.** 2011. 76 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação) –Faculdade de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2011. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/2804/2583>>.

Acesso em: 23/09/19

SÉGUIN, Elida (Coord.). **Direito das Minorias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 926 p. ISBN 978-85-392-005-9

SILVA, Ricardo Virgílio da. **O conceito contestado de democracia republicana.** In: **38 Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu.** Anais eletrônicos do 38º Encontro Anual da Anpocs, 2014. Disponível em:

<http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=9199&Itemid=456>. Acesso em: 05/02/2019

SOBRAL, Maraíse de Farias. **Controle de Constitucionalidade e Democracia: Um embate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2129/Artigo_Maraisa%20Sobral%20de%20Farias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05/04/2019

SOBRINHO, Gutierrez Emílio. **Aspectos teóricos movimentos neoconstitucional**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional>>. Acesso em: 05/04/2019

SOUSA, Viviane e ARCOVERDE, Léo. **BRASIL REGISTRA UMA MORTE POR HOMOFOBIA A CADA 23 HORAS, APONTA ENTIDADE LGBT**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>>. Acesso em: 23/09/19

STF ENQUADRA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO CRIMES DE RACISMO AO RECONHECER OMISSÃO LEGISLATIVA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 23/09/19

STF RETOMARÁ EM JUNHO JULGAMENTO DE AÇÕES SOBRE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995>>. Acesso em: 23/09/19

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL. ESPECIAL. Relator: Ministro Celso De Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>>. Acesso em: 03/11/2019

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

SUPREMA CORTE BRASILEIRA E O EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2467015/suprema-corte-brasileira-e-o-exercicio-de-suas-atribuicoes-constitucionais>>. Acesso em: 21/09/19 (publicado por supremo)

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. **A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial**. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) *Direito & Políticas Públicas VII*. Curitiba: Multideia, 2012.

TREVISAN, Ana Flávia e AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **DIFERENCIAÇÃO ENTRE MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/2319/1814>>. Acesso em: 22/09/19

WALDRON, Jeremy .**Constitutionalism – a skeptical view**. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999a.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Tradução José Luís Martí e Áqueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2006.

YASSUE, Izabela. **A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>. Acesso em: 13/05/2019

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1995). **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

ANEXO

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso

Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a ADO 26 / DF alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos

estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. AÇÃO DE INSCONTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26. (STF, 2019)