

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Instituto de Filosofia, Sociologia e Política
Programa de Pós-graduação em Ciência Política



Dissertação de Mestrado

Judicialização da política e *backlash* legislativo no Brasil:
uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018)

Otávio Santiago Gomes da Silva

Pelotas

2018

OTAVIO SANTIAGO GOMES DA SILVA

Judicialização da política e *backlash* legislativo no Brasil:
uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Luciana Maria de Aragão Ballestrin
Linha de Pesquisa: Dinâmicas políticas e conflitos sociais

Pelotas
2018

OTAVIO SANTIAGO GOMES DA SILVA

Judicialização da política e *backlash* legislativo no Brasil:

uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018)

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Ciência Política, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, da Universidade Federal de Pelotas.

Data da defesa: 01 de novembro de 2018.

Banca examinadora:

Prof^a. Dr^a. Luciana Maria de Aragão Ballestrin (orientadora)
Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Marcos Caprio Fonseca Soares
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Carlos Arthur Gallo Cabrera
Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

S586j Silva, Otávio Santiago Gomes da

Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil :
uma análise do reconhecimento judicial da união
homoafetiva (2011-2018) / Otávio Santiago Gomes da Silva
; Luciana Maria de Aragão Ballestrin, orientadora. —
Pelotas, 2018.

122 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação
em Ciência Política, Instituto de Filosofia, Sociologia e
Política, Universidade Federal de Pelotas, 2018.

1. Judicialização. 2. Backlash. 3. Política. 4. Judiciário. 5.
União homoafetiva. I. Ballestrin, Luciana Maria de Aragão,
orient. II. Título.

CDD : 340

Elaborada por Leda Cristina Peres Lopes CRB: 10/2064

Agradecimentos

Aos meus pais, Lourdes e Fernando, pelo apoio e pelo incentivo durante essa caminhada acadêmica e em busca da realização dos meus objetivos.

Aos meus amigos, pelo apoio nos momentos de tensão e de descontração.

A minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Luciana Ballestrin, pelos conhecimentos compartilhados, pela compreensão e pela atenção dedicada durante a construção da pesquisa.

Aos professores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPEL, pela troca de experiências e pelos debates de grande importância em tempos de fragilidade democrática.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES), pelo apoio recebido na qualidade de Bolsista, no ano de 2017, para o aprofundamento da pesquisa, participação em eventos e estímulo à publicação de artigos científicos.¹

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram do momento inicial até a conclusão do Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPEL.

Obrigado.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 (Portaria nº 206, de 04 de setembro de 2018, Ministério da Educação do Governo Federal).

Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor da sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar. (Nelson Mandela)

Resumo

O fenômeno da intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais e políticas não é um tema novo na ordem nacional e internacional. A Ciência Política contemporânea, dentre os vários enfoques, analisa questões sobre eventual perda de legitimidade das instituições representativas (Executivo e Legislativo) e o lugar de destaque das instituições judiciais ao garantir direitos de minorias e implementar políticas públicas. No ano de 2011, o STF pronunciou-se na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, revelando à sociedade um posicionamento liberal dos ministros do Supremo. Em contrapartida, a exemplo dos EUA, é possível perceber no Brasil, desde 2011, alguns movimentos contrários, em especial dos partidos conservadores e de cunho religioso no Congresso Nacional, em clara oposição aos direitos da comunidade LGBT. A literatura nomeia de efeito “*backlash*” a reação social e/ou institucional às decisões judiciais envolvendo direitos civis, políticos, sociais e culturais. O objetivo principal da pesquisa é verificar se, no caso brasileiro, a judicialização da questão homoafetiva pelo STF, nas ações constitucionais, deu causa ao *backlash* legislativo no período posterior a 2011. Para atingir os objetivos específicos, a metodologia adotada foi de abordagem qualitativa, exploratória e descritiva, por meio da revisão da literatura a respeito da judicialização da política e de *backlash*; e pela análise descritiva e coleta de dados nas fontes dos sites do STF (decisão e votos), CNJ (resoluções), Câmara dos Deputados e Senado Federal (proposições contrárias à decisão) no período de 2011 a 2018. Apesar da constatação de que a judicialização do tema acelerou o *backlash* por parte da bancada conservadora-religiosa, em especial da Frente Parlamentar Evangélica na Câmara dos Deputados, no período posterior a 2011; verificou-se que a resistência desses setores existe, pelo menos, desde a promulgação da Constituição Federal (1988), característico do enfrentamento entre Congresso Nacional e Judiciário no cenário político brasileiro.

Palavras-chave: judicialização; *backlash*; política; judiciário; união homoafetiva

Abstract

The phenomenon of intervention by the Judiciary in social and political issues is not a new issue in national and international order. Contemporary Political Science, among the various approaches, examines questions about the possible loss of legitimacy of representative institutions (Executive and Legislative) and the prominent place of judicial institutions in securing minority rights and implementing public policy. In 2011, STF ruled in ADI nº 4.277/DF and in ADPF nº 132/RJ for the recognition of the homoafetive union as a family entity, revealing to the society a liberal position of the Supreme's ministers. On the other hand, as in the case of the USA, it is possible to perceive in Brazil, since 2011, some opposition movements, especially in the conservative parties and religious in the National Congress, in clear opposition to the rights of the LGBT community. The literature names as a backlash the social or institutional reaction to judicial decisions involving civil, political, social and cultural rights as backlash. The main objective of the research is to verify if, in the Brazilian case, the judicial process of the homosexual issue by the STF in the constitutional actions caused the legislative backlash in the period after 2011. In order to reach the specific objectives, the adopted methodology was qualitative, exploratory and descriptive, by reviewing the literature on the judicialization of politics and backlash; and by the descriptive analysis and data collection in the sources of the websites of the STF (decision and votes), CNJ (resolutions), House of Representatives and Federal Senate (propositions contrary to the decision) in the period from 2011 to 2018. Despite the finding that judicialization of the subject accelerated the backlash on the part of conservative-religious, especially the Evangelical Parliamentary Front, in the Chamber of Deputies, in the period after 2011; it was verified that the resistance of these sectors has existed at least since the promulgation of the Federal Constitution (1988), characteristic of the confrontation between National Congress and Judiciary in the Brazilian political scene.

Keywords: judicialization; backlash; politics; judicial; same-sex union

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DEM	Democratas
EC	Emenda Constitucional
FPE	Frente Parlamentar Evangélica
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PDC	Projeto de Decreto Legislativo
PEC	Projeto de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei Complementar
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMDB	Partido Movimento Democrático Brasileiro
PNDH	Programa Nacional de Direitos Humanos
PP	Partido Progressista
PR	Partido da República
PSC	Partido Social Cristão
PSD	Partido Social Democrático
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
TFP	Tradição, Família e Propriedade
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EFEITO <i>BACKLASH</i>: ABORDAGENS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS E METOLÓGICAS	18
2.1 A judicialização como expansão global do Poder Judiciário	18
2.2 Outras abordagens teóricas sobre judicialização da política	25
2.2.1 A importância da revisão judicial (<i>judicial review</i>) para o fenômeno da judicialização da política	25
2.2.2 Política judicial comparativa (<i>comparative judicial politics</i>): as contribuições da perspectiva comparada	28
2.3 A judicialização da política no Brasil: abordagens contemporâneas	31
2.3.1 O sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro	33
2.3.2 Recentes aprofundamentos sobre judicialização da política brasileira	35
2.4 Efeito <i>backlash</i> : da decisão judicial à reação social/institucional	43
2.4.1 Origens da expressão e precedentes envolvendo <i>backlash</i>	43
2.4.2 O reconhecimento judicial dos direitos LGBT e o <i>backlash</i> nos EUA	46
2.4.3 A literatura no Brasil a respeito do <i>backlash</i> : alguns apontamentos	49
3 A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO HOMOAFETIVA: O STF E O JULGAMENTO DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS ADI Nº 4.277/DF E ADPF Nº 132/RJ	51
3.1 ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ: compreensão, natureza das ações constitucionais e detalhamento do caso específico	51
3.2 Votos e argumentos políticos, jurídicos e sociais dos ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132	59
3.3 Desmembramentos da decisão do STF e o impacto nos contextos judicial e social brasileiro.	72
4 <i>BACKLASH</i> LEGISLATIVO: REAÇÕES E MOVIMENTOS CONTRÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	79
4.1 Da trajetória do movimento LGBT ao reconhecimento judicial das uniões homoafetivas (1988-2011)	79

4.2 Reações legislativas no Congresso Nacional após a judicialização da questão homoafetiva (2011-2018)	84
4.3 Da decisão do STF ao <i>backlash</i> legislativo: causa e efeito?	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS	107
Anexos	118

1 INTRODUÇÃO

Dentre os muitos elementos discutidos pela Ciência Política na atual crise institucional brasileira, estão o enfraquecimento e a gradual perda de legitimidade das instituições representativas dos Poderes Executivo e Legislativo. O Judiciário, por sua vez, aparece como poder guardião (GARAPON, 1999) exercendo, além da competência jurisdicional, por provocação, atribuições tipicamente executivas e legislativas. Nesse sentido, surgem muitos questionamentos a respeito da atuação e do papel das instituições judiciais no contexto político.

O fenômeno da intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais e políticas não é um tema novo na ordem nacional e internacional. A discussão sobre judicialização da política passou a ser debatida na ordem global a partir dos estudos da expansão do poder judicial, decorrente da delegação de assuntos políticos às Cortes Supremas norte-americanas. Editada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), o livro “A Expansão Global do Poder Judiciário” (*The Global Expansion of Judicial Power*) é um dos principais trabalhos sobre tema, originado de um encontro, ocorrido em 1992, onde se debatia o Poder Judiciário e a política.

Tate e Vallinder (1995, p. 5), ao analisarem os casos de intervenção das Cortes Supremas em questões políticas em países como Estados Unidos, França, Alemanha e Rússia, afirmam que o fenômeno representa “o exemplo mais dramático da expansão global do poder judiciário, que, por brevidade, frequentemente nos referimos como ‘a judicialização da política’”.² Outro exemplo, menos dramático da expansão do poder judicial (ou judicialização), seria o domínio de arenas de negociação não judiciais ou de tomada de decisão por procedimentos quase judiciais. Para os autores, esse último, como um tipo *from within* (vinda de dentro), estaria em ascensão, diante da criação, em muitos países, de agências, tribunais administrativos e ouvidorias com métodos (quase) judiciais de atuação.

No cenário brasileiro, os estudos sobre o fenômeno da judicialização, mais propriamente na área da Ciência Política, intensificaram-se no período de

² Os trechos do livro de Tate e Vallinder (1995) foram realizados por livre tradução (inglês para o português) pelo autor da presente dissertação. Destaca-se, também, que foi adotado o termo “expansão global do Poder Judiciário”, uma vez que a tradução literal e a literatura da área em Ciência Política admitem tanto essa quanto a outra expressão (“expansão global do poder judicial”).

redemocratização e com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988. A partir dos anos 1980/1990, com as atribuições e competências dadas ao Poder Judiciário pelo Constituinte, em especial ao Supremo Tribunal Federal (STF), a temática despertou interesse a respeito das causas e das consequências de judicializar conflitos oriundos da esfera política.

Koerner (2017) afirma que o interesse dos cientistas políticos pelas instituições judiciais começou no final dos anos oitenta e início dos anos noventa, com questões relacionadas à Constituição de 1988, à consolidação da democracia, à dinâmica institucional e à efetividade dos direitos. No início dos anos noventa, a agenda de pesquisas marcou-se por questões relacionadas à globalização, à governabilidade e à judicialização da política, sendo a análise do Judiciário e do direito realizada sob o ponto de vista das políticas públicas, como, por exemplo, a legitimidade e eficiência dos governos, reformas institucionais e sua ligação com agências financeiras internacionais. Entretanto, para o autor, somente a partir do fida década de noventa

[...] o neoinstitucionalismo já começa a se difundir no estudo do direito e do Judiciário e ser a marca da formulação de boa parte de novos pesquisadores. São recentes as pesquisas centradas em processos institucionais, em perspectiva comparada, que formulam problemas abstratos de pesquisa e adotam métodos estatísticos sofisticados para elaborar explicações gerais (KOERNER, 2017, p. 10).

Dessa forma, no Brasil há inúmeros trabalhos a respeito da judicialização da política, com enfoque em diferentes perspectivas e metodologias, desde a análise do fenômeno pelo comportamento decisório dos juízes (TAYLOR; DA ROS, 2008), passando pelo controle de constitucionalidade das leis (ARANTES, 1997; VIANNA et al., 1997), questões do ensino jurídico e judicial no país (ENGELMANN, 2017), chegando à mobilização do espaço judicial por diferentes grupos sociais (CITTADINO, 2004; KOERNER, 2013).

Apesar da intensa e diversificada agenda de pesquisas desenvolvidas no Brasil a respeito do fenômeno da judicialização, em grande maioria, os autores concordam que há espaços ainda não investigados na questão da intervenção judicial em questões políticas. A respeito do tema, Filgueiras e Marona (2012, p. 118-119) afirmam que a questão da judicialização e as interrogações que ela gera (para as sociedades democráticas contemporâneas) estão no fato de se reconhecer os tribunais (ou Cortes Constitucionais) “como instituições essencialmente políticas,

em grande medida pelos profundos efeitos que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais”. Dessa forma, para os autores, os estudos sobre a interferência do Judiciário em questões políticas subjazem análises teóricas acerca da relação entre a política e o direito.

Especificamente quanto à terminologia “judicialização da política”, para Engelmann (2017), o conceito remete tanto à análise do fenômeno de crescimento da atuação política do Poder Judiciário, quanto para uma percepção de desvirtuamento de quais seriam as atividades típicas de um poder de Estado, o qual deve ser politicamente neutro e encarregado da interpretação das leis e a vontade do legislador.³ Embora conceituar o termo seja importante e apresente debate intenso no campo da Ciência Política a respeito do fenômeno, o que será exposto oportunamente, a presente pesquisa tem como objeto a expansão do Poder Judiciário, com recorte ao Supremo Tribunal Federal (STF), na judicialização de um tema político e social relevante - o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos –, e os reflexos da decisão na arena política brasileira, em especial, no Poder Legislativo.

No ano de 2011, o STF pronunciou-se, com procedência unânime, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, que buscava o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.⁴ Como afirmam Camino e Moraes (2016), a decisão consagrou a proibição de discriminar as relações entre pessoas do mesmo sexo e a vedação ao preconceito, evidenciando o pluralismo como valor e a liberdade como direito fundamental. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu Resolução nº 175/2013, obrigando os cartórios de todo país a realizarem a união entre casais do mesmo sexo, proibindo a recusa pelas autoridades

³ A expressão “judicialização da política” apresenta algumas controvérsias por parte da literatura especializada no tema, o que será abordado no capítulo teórico. No Brasil, entre outros, Koerner e Maciel (2002) afirmam que a utilização do termo se mostra como um atalho aparentemente simples para formulação de questões polêmicas que envolvam o Judiciário e políticas públicas no Brasil.

⁴ A ADPF nº 132 do Estado do Rio de Janeiro, julgada em par com a ADI nº 4.277/DF, foi proposta perante o STF pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na interpretação dada às normas previstas no Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), por autoridades administrativas e judiciais, que negavam aos servidores com união estável homoafetiva os mesmos direitos pacificamente reconhecidos aos casais heterossexuais (BRASIL, 2011).

competentes à habilitação ou celebração do casamento civil, ou a conversão da união estável em casamento.⁵

Nessa perspectiva, mas não especificamente sobre os direitos homoafetivos, Vianna (2014) ressalta a importância da intervenção judicial em questões envolvendo novos grupos, o que define como “judicialização das relações sociais”. Para o autor, isso faz parte de um conjunto de práticas e de novos direitos, com personagens e temas até recentemente pouco destacados nos sistemas jurídicos, como as mulheres vítimas de violência, meio ambiente, crianças e adolescentes em situação de risco, dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos. Dessa forma, de acordo com Vianna (2014, p.149) “novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça”, o que revela a crescente invasão do direito na organização da vida social.

Por outro lado, embora a judicialização da questão da união homoafetiva pareça revelar à sociedade um posicionamento liberal do STF, em contrapartida, é possível perceber uma movimentação contrária, em especial dos partidos conservadores do Congresso Nacional, em clara oposição ao reconhecimento dos direitos da comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT). Em 2013, após a decisão do STF e a expedição da Resolução pelo CNJ, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 6.583/2013, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR-RJ), denominado “Estatuto da Família”. De acordo com a proposta legislativa, define-se entidade familiar como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).⁶

⁵ A Resolução nº175/2013 do CNJ teve como base as decisões na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, as quais produziram efeito vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Dessa forma, diante da competência dada ao Conselho, prevista no artigo 103-B da Constituição Federal (BRASIL, 1998), foi vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, implicando a imediata comunicação ao juiz corregedor em caso de descumprimento da resolução para tomar as providências cabíveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

⁶ O PL nº 6.583/2013 foi apresentado pelo Deputado Anderson Ferreira (PR/RJ) no Plenário da Câmara dos Deputados em 16/10/2013, sendo criada Comissão Especial para tratar do tema. Em 24/09/2015, o projeto foi aprovado com parecer conclusivo e aguarda atualmente, antes de seguir para votação no Senado Federal, deliberação dos recursos apresentados pelos Deputados Erika Kokay (PT-DF) e Jean Wyllys (PSOL-RJ) à Mesa Diretora da Câmara (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2013).

Considerando o teor do PL nº 6.583/13, observa-se que o texto confronta o entendimento dos ministros do STF na ADI nº4.277/DF e na ADPF nº132/RJ. Além disso, em enquete realizada pela Câmara dos Deputados, em meio virtual, aberta em fevereiro de 2014 e em encerrada agosto de 2015, 4,9 milhões dos votos (48,09%) foram favoráveis à proposta legislativa (PIMENTEL, 2017). Assim, revela-se também, por parte da população votante considerada, certa contrariedade ao reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos.

Nesse sentido, alguns estudos, principalmente da literatura norte-americana, chamam de “efeito *backlash*” a reação social e/ou institucional às decisões judiciais envolvendo direitos civis, políticos, sociais e culturais. O termo surgiu na década de 1960 na arena política estadunidense (STERN, 1965), a partir de reações às decisões da Suprema Corte, como nos casos *Brown v. Board of Education* (1954), *Roe v. Wade* (1973) e mais recentemente, em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003).⁷ Em todos esses momentos, após a apreciação e deliberação da Corte a respeito do tema (segregação racial, interrupção da gravidez, etc.), em vários estados foram aprovadas leis que contrariam frontalmente a decisão do órgão judicial colegiado.

Observa-se, em rasa análise, que semelhante ao caso norte-americano, o reconhecimento de direitos homoafetivos no Brasil apresenta duas questões em choque. De um lado, a iminente necessidade da judicialização do tema, obtendo, como resultado, uma decisão do STF que (embora ainda inexistente previsão legal específica) garantiu direitos aos casais de pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, um movimento contrário, encampado pelos partidos conservadores atuantes no Congresso Nacional, atuando para que, na arena política legislativa, seja aprovada lei em sentido contrário aos direitos LGBT.

Nesse sentido, partindo-se da literatura que entende a expansão do Poder Judiciário como um fenômeno ocorrente e necessário aos países democráticos; a intervenção judicial em questões políticas como retirada de temas das instituições representativas para entregá-los às judiciais; e dos estudos norte-americanos que colocam o *backlash* como a reação institucional a uma decisão judicial

⁷ O caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) refere-se à decisão da Suprema Corte norte-americana de Massachusetts que vedou a discriminação entre casais heterossexuais e homossexuais, a fim de equiparar mesmas proteções e benefícios (licenças de casamento) (SIEGEL, 2017). Diante do julgamento, houve reação social e institucional, seguida da aprovação de leis nos estados norte-americanos negando direitos aos casais homoafetivos.

paradigmática, surge o seguinte problema de pesquisa: é possível considerar que, no caso brasileiro, a judicialização da questão homoafetiva pelo STF, nas ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, deu causa ao *backlash* legislativo no período posterior a 2011? A hipótese da presente dissertação é afirmativa, sentido de que, no Brasil, a judicialização da questão homoafetiva deu causa ao *backlash* legislativo posterior a 2011.

A partir dos estudos a respeito do tema na área e da clássica concepção da tripartição dos poderes, de Montesquieu, é possível perceber que a iniciativa de políticas que visem mudanças sociais profundas, como é o caso do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, apesar de presentes na agenda do Executivo, sofrem resistência de setores representados por partidos conservadores no Congresso Nacional. Tal dinâmica, contudo, parece invertida quando se apresentam os ministros do STF como agentes ativos e protetivos de grupos minoritários, por meio da judicialização de temas políticos e sociais, e deputados federais e senadores, membros representativos e constitucionalmente legitimados, inoperantes e, até mesmo, resistentes a mudanças necessárias. Nas palavras de Brandão,

[...] a alternância na ocupação da Presidência da República e as flutuações na representatividade dos partidos na Câmara dos Deputados revelam um quadro político-partidário competitivo, estimulando a constitucionalização de matérias para evitar que o jogo político permita que o vencedor tenha o poder irrestrito de alterar a ordem jurídica por maioria simples. No Brasil, essa possibilidade é especialmente temida, em virtude da ampla preponderância do presidente da República no processo legislativo, de maneira que os parlamentares tendem a rejeitar a “desconstitucionalização” de matérias por verem nela embutida a atribuição de um cheque em branco ao chefe do Executivo (BRANDÃO, 2013, p. 215).

Para realização da presente dissertação, a metodologia adotada foi de abordagem qualitativa, exploratória e descritiva. A revisão da literatura propõe-se, em um primeiro momento, a analisar a expansão global do Poder Judiciário na obra de Tate e Vallinder (1995), observando as razões para ocorrência do fenômeno e de que modo a judicialização de temas políticos passou a ser debatido nos âmbitos internacional e nacional. Em sequência, a técnica de pesquisa bibliográfica será aprofundada com modelos de análise a respeito da judicialização da política e a perspectiva dos autores nacionais clássicos (VIANNA et al., 1997; CARVALHO; OLIVEIRA, 2002; ARANTES, 1997; CITADINO, 2004) e contemporâneos (DA ROS; TAYLOR, 2008; KORNER; MACIEL, 2002; ENGELMANN, 2017).

Quanto à pesquisa exploratória, serão buscadas as fontes de dados junto aos sites do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, com acesso aos documentos referentes ao trâmite, votos e julgamento das ações constitucionais ADI nº4.277/DF e ADPF nº132/RJ e da Resolução nº175/2013 do CNJ, referentes ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. No mesmo sentido, serão analisadas as proposições legislativas contrárias à decisão da Corte pelo material disponível no site da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, entre os anos de 2011 a 2018, como projetos de lei e de emenda constitucional no âmbito do Legislativo Federal.

Quanto à abordagem qualitativa, foi realizada uma análise descritiva dos argumentos utilizados pelos ministros do STF no julgamento das ações constitucionais, bem como da justificativa dos parlamentares nos projetos contrários à pauta LGBT, como o PL nº 6.583/2013. Assim, foi possível analisar, de um lado, a fundamentação que embasou a decisão de reconhecimento de direitos homoafetivos e, de outro, o movimento contrário, por meio de proposições legislativas, pelos deputados e senadores no Congresso Nacional, em oposição à decisão do órgão máximo da estrutura do Judiciário.

O objetivo geral do trabalho foi analisar se, no caso brasileiro, semelhante ao que descreve a literatura norte-americana, a decisão judicial de reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos deu causa ao *backlash* legislativo pelos partidos conservadores do Congresso Nacional. A presente pesquisa dividiu seus objetivos específicos em três capítulos, sendo o primeiro, o marco teórico-conceitual, que abordou o debate da judicialização da política e do chamado efeito *backlash* nas literaturas internacional e nacional. Pretendeu-se, assim, observar como foram tratados os temas da expansão global do Poder Judiciário nas questões políticas e os modelos de análise adotados, bem como do *backlash* como reação social e institucional frente a decisões judiciais de grande relevância social e política.

O segundo capítulo realizou um recorte do fenômeno da judicialização no que se refere à decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mediante uma abordagem descritivo-analítica do julgamento. Assim, foram examinados os argumentos jurídicos e políticos invocados pelos membros do STF, bem como a fundamentação descrita nos votos. Como será destacado no momento oportuno, em alguns dos votos os ministros fizeram como que uma “defesa prévia” a

questionamentos futuros sobre a intervenção judicial e ativismo por parte do Judiciário nessa questão social e política dos direitos LGBT.

No terceiro e último capítulo, foram analisadas as reações e os movimentos contrários à pauta LGBT, de modo a observar sua caracterização (ou não) como efeito *backlash* à decisão do STF, no período de 2011 a 2018. Por meio das proposituras legislativas, em especial o projeto de lei que visa limitar o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, por meio do chamado “Estatuto da Família”, foi possível verificar se, de fato, as reações foram fruto da decisão de 2011. Ao fim, a pesquisa descreveu a tensão existente entre os Poderes Judiciário e Legislativo, propondo uma reflexão, ao caso específico dos direitos LGBT, no cenário político brasileiro.

A relevância do trabalho se deu na medida em que a temática da Poder Judiciário, em especial do STF, e a apreciação judicial de questões sociais e políticas, como é o do reconhecimento dos direitos homoafetivos, é de extrema importância para a área da Ciência Política. A judicialização de temas políticos e a intervenção judicial, provocadas pelos diversos atores e instituições, têm enfrentado, cada vez mais, resistência de setores conservadores da sociedade e, em especial, do Poder Legislativo. De acordo com a literatura especializada, torna-se necessário que cientistas políticos contemporâneos se debrucem sobre os temas entregues à apreciação de juízes, desembargadores e ministros da mais alta cúpula judicial e estabeleçam, principalmente diante do momento atual, relações com Direito e o sentido de Justiça.

O estudo e a revisão bibliográfica sobre a questão da judicialização da política, com recorte à questão da união homoafetiva, apresentou contribuição acadêmica e social, uma vez que se trata de um fenômeno ocorrente nos contextos nacional e internacional. Embora a expansão global do Poder Judiciário tenha origens em Tate e Vallinder (1995), na década de 1990, a temática ainda hoje é investigada e merece maior aprofundamento, uma vez que, de acordo com Engelmann (2017), um grande número de estudos empíricos ainda tem sido restrito a casos pontuais e afastado da produção de hipóteses ou da discussão de questões teórico-metodológicas mais abrangentes sobre o papel político das instituições judiciais.

Por outro lado, relacionando a judicialização ao efeito *backlash*, a presente dissertação também pretendeu analisar, no caso do reconhecimento de direitos

homoafetivos, a tensão existente entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Semelhante ao caso norte-americano, a questão necessitou apreciação judicial, ante à inércia legislativa, o que desencadeou, fruto ou não da decisão (o que se objetivou verificar), resistência de partidos conservadores na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Ainda, tal questão é relevante na medida em que coloca questionamentos a respeito do lugar que ocupam as instituições judiciais na arena política brasileira, uma vez que o STF passou a desempenhar uma função criativa de novos direitos, o que lhe é vetado pela Constituição Federal por ser atribuição legislativa do Congresso Nacional.

Como destaca Arantes (2013), desde o ano de 1988, a justiça não conheceu qualquer derrota no seu enfrentamento com a Política, pois, ao contrário, além de um fortalecimento, beneficiou-se de um sistema político fragmentado. Para o autor, talvez seja exagero dizer que se viva sob o “governo dos juízes”; contudo, algo que lhe parece ser claro, é o protagonismo do Judiciário ao deslocar o centro gravitacional da democracia brasileira. Dessa forma, pretendeu a presente dissertação relacionar, em recorte à decisão que reconheceu direitos às uniões homoafetivas, a judicialização da política e o *backlash* legislativo gerado a partir da questão.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EFEITO BACKLASH: ABORDAGENS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS E METODOLÓGICAS

O presente capítulo esclarece os conceitos de judicialização da política e de efeito *backlash*, nos âmbitos da literatura internacional e nacional. Partindo-se da premissa da existência do fenômeno da judicialização em países democráticos, serão analisadas as diferentes correntes interpretativas a respeito das causas, condições que facilitam a ocorrência e os reflexos da intervenção judicial nas questões políticas a nível global e no caso específico do Brasil. Quanto ao efeito *backlash*, propõe-se a análise da origem da terminologia e a utilização do termo nos contextos social, político e judicial.

2.1 A judicialização como expansão global do Poder Judiciário

De acordo com a literatura especializada nas áreas da Ciência Política e do Direito, o termo judicialização da política passou a ser debatido na ordem global a partir dos estudos analíticos da atuação e da delegação de assuntos políticos à Corte Suprema norte-americana. Engelmann (2017) afirma que, entre os cientistas políticos americanos, o modelo de análise advindo do comportamentalismo, nos anos 1960, possibilitou pesquisas estatísticas com enfoque na política judicial, em especial nos juízes e cortes. Nesses trabalhos, em um primeiro momento, o objeto era identificar padrões de votos dos membros dessa Corte Judicial.

O tema ganhou força com o lançamento, na década de 1990, livro editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), “A Expansão Global do Poder Judiciário” (*The Global Expansion of Judicial Power*).⁸ O trabalho dos autores foi originado de um encontro onde se debatia a judicialização em escala internacional, no ano de

⁸ A obra “A Expansão Global do Poder Judiciário”, editada pelos autores, é composta em maioria por capítulos originalmente apresentados como *paper* no encontro “A judicialização da política” (*The judicialization of politics*), do Comitê de Investigação sobre Estudos Judiciais Comparativos da Associação Internacional de Ciência Política, realizado no Centro de Estudos sobre a Ordem Judicial (*Centro Studi sull'Ordinamento Giudiziario*) de Bolonha, Campus da Universidade de Bolonha, em Forlì, Itália.

1992, sendo a proposta inicial a de uma análise, pela perspectiva da judicialização, dos diversos países e regiões com regime democrático recente.⁹

Tate e Vallinder (1995) propiciaram um novo campo de debate, com enfoque institucionalista, analisando, em alguns países, o fenômeno em conjunto com transição de regime (autoritário para democrático). Desse processo, com a promulgação de novas constituições, outorgou-se às instituições judiciais um rol não exaustivo de competências e atribuições anteriormente relegadas aos outros poderes. Nessa análise histórica, alguns fatores abriram espaço à judicialização das questões políticas,

o mais impressionante tenha sido a ruptura do comunismo totalitário na Europa Oriental e o desaparecimento da União Soviética, deixando os Estados Unidos, o lar da judicialização da política, como a primeira e única superpotência. Estreitamente conectado, é a tendência à democratização na América Latina, Ásia e África. O ser pela democracia não requer necessariamente apoiar a expansão do poder judicial, como veremos. Mas, dadas as circunstâncias em que muitas novas democracias estão sendo construídas, a inclusão de uma ala judicial forte parece quase inevitável para alguns arquitetos governamentais (TATE; VALLINDER, 1995, p. 02).

Buscando entender a judicialização da política, Vallinder (1995, p. 13) afirma que há dois sentidos para o termo apresentado. Primeiro, como um tipo *from without* (de fora), a “expansão do domínio dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de decisão [...] aos tribunais” ou, pelo menos, “a difusão do domínio judicial propriamente dito”. O segundo tipo, *from within* (de dentro), significa a infusão de decisões e de procedimentos judiciais em arenas políticas das quais não pertenciam anteriormente, como tribunais administrativos ou agências regularadoras. Assim, para o autor, a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial.

Em capítulo próprio, Tate (1995), amparado nos conceitos de Vallinder, entende a questão da judicialização também por dois sentidos: (1) quando tribunais e juízes atuam na elaboração de políticas públicas (editadas pelo Executivo e Legislativo) e (2) quando fóruns de negociação ou de tomadores de decisão (não judiciais) são vinculados a procedimentos e regras estritamente legais. Para o autor,

⁹ No trabalho desenvolvido, além da apresentação dos conceitos e condições para ocorrência da expansão global do Poder Judiciário, o livro apresenta casos específicos nas democracias ocidentais onde vige o *common-law* (Estado Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá), democracias europeias romano-germânicas (Itália, França, Alemanha, Suécia, Países Baixos, Malta e Israel) e as que chamam de nações em mudança rápida (União Soviética, Rússia, Filipinas e Sudeste Asiático e Namíbia).

do ponto de vista das visões tradicionais do processo legal (e que não merecem seriedade pelos intelectuais que buscam a compreensão da expansão global do Poder Judiciário), o primeiro envolve juízes "não políticos" no exercício da discricção "política", ou seja, agem como políticos propriamente ditos. Quanto ao segundo, por sua vez, de acordo com Tate (1995, p. 28), "os tomadores de decisão atuam como juízes 'apolíticos' vinculados a regras", contudo, conclui não haver uma razão teórica ou prática para esperar que os dois sentidos (1 e 2) se desenvolvam juntos.

Analisando os conceitos apresentados por Tate e Vallinder (1995), Englemann (2017) afirma que a judicialização da política pode remeter tanto à análise do fenômeno de crescimento do potencial de mediação política do Poder Judiciário, quanto a uma percepção de desvirtuamento de quais seriam atividades típicas de um poder de Estado (politicamente neutro), encarregado de interpretar o espírito das leis e a vontade do legislador (clássica acepção de Montesquieu). Para Englemann (2017, p.19), pela perspectiva dessas teorias do poder de Estado, "o Poder Judicial aprecia como *bouche de la loi* um papel politicamente passivo em relação aos Poderes Legislativo e Executivo". Para Barroso (2008), no mesmo sentido, a judicialização significa que questões de larga repercussão política/social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas representativas tradicionais.

Hirschl (2009), ao descrever sobre novo constitucionalismo e judicialização da política, trata também de uma espécie de transferência massiva de questões centrais, polêmicas e controversas (típicas das democracias) para a alçada dos tribunais. O professor canadense destaca inúmeros casos, a nível global, sobre a ocorrência do fenômeno,

episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional na América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um "Estado judeu e democrático", ou o futuro político de Quebec e da federação canadense: todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais. E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões (HIRSCHL, 2009, p.140-141).

Com relação às causas da judicialização da política apresentadas por Tate e Vallinder (1995), Filgueiras e Marona (2012) sintetizam em três pontos. A primeira é

uma estrutura institucional propícia à judicialização, em particular pela existência de instrumentos institucionais de ajuizamento de ações e que tenham como objetivo reverter/postergar perdas políticas ou resultar decisões judiciais a questões ainda não decididas. A segunda causa é o acionamento do Judiciário por atores interessados (organizações da sociedade civil, partidos políticos), fenômeno que é frequentemente tratado por politização da justiça. Por fim, a terceira causa apontada por Filgueiras e Marona (2012, p. 118-119) é a inclinação dos juízes a decidirem, nos processos apresentados, manifestando preferências por certas políticas públicas, o que chamam os estudiosos da área de ativismo judicial.

Avançando no tema, Tate (1995) enumera questões que possam facilitar a expansão do Poder Judiciário, categorizando em número de oito: (i) a democracia; (ii) a separação dos poderes; (iii) os direitos políticos; (iv) os grupos de interesse; (v) os partidos de oposição; (vi) as instituições majoritárias não efetivas; (vii) as percepções das instituições sobre a formulação de políticas; e (viii) a delegação (intencional) de assuntos das instituições majoritárias às Cortes. No que se refere à democracia (i), Tate (1995, p. 29) afirma que a presença do governo democrático parece uma condição necessária, embora não suficiente, para a judicialização da política. Contudo, quanto a esse ponto, Barbosa et al. (2016)¹⁰ sugere que democracia e expansão do Judiciário seja um fenômeno indissociável em grande parte dos países com democracias liberais, onde predominam os tradicionais mecanismos institucionais de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Brandão (2013), seguindo o entendimento de Tate (1995), afirma que existe uma relação natural entre o avanço da democracia e a expansão do Poder Judiciário. Alerta, contudo, sobre a falta de consenso entre estudiosos sobre a questão, por entenderem que o sistema de revisão judicial (*judicial review*) de leis e de atos legislativos e executivos (fruto da expansão judicial) seja um instrumento antidemocrático. Tal argumento, para Brandão (2013, p. 187), não prospera, uma vez o controle de constitucionalidade é produto da própria democracia e das Constituições promulgadas após o período autoritário.

Quanto à (ii) separação dos poderes, clássica tripartição de Montesquieu, Tate (1995, p. 29) afirma que “o dever formal atribuído aos juízes é sempre interpretar, e não fazer, as leis” e, embora esse sistema possa facilitar com que a

¹⁰ Os trechos transcritos da obra de Barbosa et al. (2016) são realizados por livre tradução (espanhol para o português) do autor da presente dissertação.

judicialização da política ocorra por outras razões, “não parece ser uma condição necessária, muito menos suficiente, para a judicialização”. Também como condição não necessária à expansão do Poder Judiciário, e que merece destaque na presente dissertação, é (iv) o uso das Cortes pelos grupos de interesse. Para Tate,

à medida que os grupos descobrem cada vez mais a utilidade potencial dos tribunais na consecução de seus objetivos, eles podem expandir a compreensão dos “direitos” para incluir interesses que podem parecer estar remotamente conectados a qualquer fundamento constitucional em uma lei formal de direitos. A política dos direitos pode tornar-se distinta da política de interesses apenas em seu discurso relativamente mais legalista (TATE, 1995, p. 30).

Carvalho (2007), referente ao quinto ponto, (v) o uso das instituições judiciais por partidos de oposição, entende o autor como sendo de fato uma condição da expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, uma vez que, tanto a oposição partidária, quanto as Cortes, são atores sem constrangimentos. Ambos estariam inclinados a exercer uma constante vigilância sobre os atos da maioria e conectados um ao outro por um tipo de “cinto de transmissão jurisdicional”. Assim, para Carvalho (2007, p. 175), “a oposição judicializa o processo legislativo com a intenção de ganhar o que outrora perdeu no processo político convencional”, sendo a natureza dessas contestações nada mais que “uma crucial oportunidade à Corte para construir a lei constitucional e para ampliar as técnicas jurisprudenciais de controle, em outras palavras, para fazer política”.

No que se refere às (vii) percepções das instituições sobre a formulação de políticas, outra das condições para expansão judicial, Tate (1995) afirma sua ocorrência se dá por duas razões diferentes. A primeira, no contexto político, quando inexistem acordos que propiciem a governabilidade; a segunda, no contexto social, quando exista insatisfação na base de apoio. Dessa forma, tais contextos levam ao Poder Judiciário muitas questões onde há impasse institucional e a necessidade de formulação de políticas em razão da inércia do Executivo.

Em resumo, com base na classificação de Tate (1995), Brandão (2013, p. 187-200) agrupa as condições para ocorrência da judicialização da política em dois grandes grupos. O primeiro é das condições políticas, nas quais estariam (a) democracia e pluralismo político, (b) federalismo e separação dos poderes e (c) ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias, o que leva a fortes esperanças depositadas no Judiciário. Em um segundo grupo, têm-se as condições institucionais, abrangendo (a) catálogo de

direitos (direitos e garantias constitucionais) e (b) controle de constitucionalidade (acesso e uso das Cortes por grupos de interesse e por partidos de oposição).

A expansão global do Poder Judiciário, assim, ocorre em razão de diversas condições, algumas necessárias, outras nem tanto, embora presentes, a nível internacional. No capítulo de Vallinder (1995), o autor destaca alguns fatores que remontam à origem do fenômeno da judicialização. O primeiro deles é a transição de regimes totalitários para democráticos como um fator importante e determinante, onde

após a Segunda Guerra Mundial, podemos dizer com segurança que o papel dos tribunais e dos juizes se expandiu clara e consideravelmente. Certa quantidade de judicialização da política ocorreu em muitos países democráticos. As causas precisas por trás desses desenvolvimentos diferem de país para país. No entanto, certamente é possível apontar alguns determinantes gerais (VALLINDER, 1995, p. 19).

Assim, para Vallinder (1995), um fator relevante entre a transição para democracia e a expansão judicial foi o aumento, na década de 1930, de regimes totalitários na Europa e o desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial, durante a guerra. Como outro elemento originário da judicialização, o autor aponta o setor econômico da vida política, no qual, durante os últimos anos da guerra, líderes de partidos políticos em diferentes países planejavam a reconstrução econômica e o desenvolvimento à medida que se aproximavam os movimentos pela paz.

Nessa linha de análise histórica, Brandão (2013) afirma que o processo de expansão do Poder Judiciário se desenvolveu por ondas, sendo a primeira ocorrida após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (1803). A segunda onda deu-se no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa e com processo de independência das antigas colônias. Por fim, de acordo com Brandão (2013, p. 176-177), a terceira formou-se nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina) e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno.

Aguiar (2007), ao sintetizar os fatores originários do fenômeno da expansão judicial, apresenta, de início, um cenário de indivíduos e minorias, embasados no

princípio da política de direitos, que recorrem às instituições não majoritárias, como tribunais e cortes, contra as decisões majoritárias. Ainda, afirma a autora, que judicialização da política passou a manifestar-se pelo uso do Judiciário por políticos e partidos de oposição [o que Tate (1995) elencou como condição], abandonando os púlpitos legislativos em prol dos judiciários. Por fim, aponta como outra face do avanço judicial a supervisão e intervenção das Cortes no processo eleitoral, âmbito estritamente político.

Contemporaneamente, Brandão (2013), embasado na literatura internacional, aponta que as tentativas de elaboração de teorias explicativas da expansão global do Poder Judiciário (ou do poder judicial, dependendo da tradução) apresentam dificuldades, em razão das diferentes culturas jurídicas e dos processos de reconstitucionalização de cada país. Assim, dividem-se tais teorias entre conceitualistas e funcionalistas, sendo as primeiras responsáveis pela noção de que a expansão do Judiciário é uma decorrência da positivação dos direitos fundamentais, trazida pelas Constituições e Tratados internacionais; outros autores entendem que a judicialização é uma importante medida de limitação do poder em um Estado amplo (decorrente da crise do estado de bem-estar social). De outro lado, os funcionalistas, de acordo com Brandão (2013, p. 183), afirmam que a judicialização decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, ou seja, do federalismo e dos mecanismos rígidos de separação dos poderes (o que fomentaria a expansão do Judiciário).

Contudo, Brandão (2013) aponta, para além dessa dicotomia (conceitualistas *versus* funcionalistas), a existência de novas teorias explorando um diferente paradoxo. Partindo da perspectiva de que o Judiciário depende dos outros Poderes para o cumprimento das decisões e da interpretação da Constituição mantida no futuro, a expansão desse poder só é possível se contar com a aceitação, expressa ou tácita, dos primeiros. Assim, Brandão (2013, p.184) afirma que essa terceira visão intitulada de “teorias estratégicas”, não mais se localiza em uma cultura de direitos ou em um arranjo institucional marcado pela divisão de poderes, mas na atuação estratégica de grupos politicamente relevantes, focando atenção nos interesses de grupos políticos e nos conflitos sociais, econômicos e políticos.

2.2 Outras abordagens teóricas sobre judicialização da política

O tema da judicialização da política ganhou tônica com o livro de Tate e Vallinder (1995) e a partir da perspectiva da expansão global do Poder Judiciário. Contudo, faz-se necessário o estudo de outras abordagens a respeito do fenômeno da intervenção judicial em assuntos sociais e políticos, com o objetivo de se chegar ao contexto brasileiro. Nesse sentido, para o entendimento da questão envolvendo as instituições judiciais e o enfrentamento (posterior) da questão homoafetiva, será analisado o aporte teórico da revisão judicial (*judicial review*) e controle de constitucionalidade das leis, da política judicial comparativa (*comparative judicial politics*) e das abordagens metodológicas adotadas no Brasil.

Embora a literatura especializada apresente outras visões sobre judicialização da política – como comportamento decisório de juízes, perfil dos magistrados atuantes nas Cortes, questões de ensino jurídico e formação de bacharéis, mobilização do espaço judicial por grupos sociais -, a pesquisa não pretende esgotar o assunto nem detalhar todas as abordagens sobre o tema. Assim, serão feitas considerações somente a respeito daquelas que tenham relação com o objeto da dissertação.

2.2.1 A importância da revisão judicial (*judicial review*) para o fenômeno da judicialização da política

No campo da Ciência Política e do Direito, há estudos sobre judicialização pela perspectiva da revisão judicial (*judicial review*) ou, no Brasil, como controle de constitucionalidade das leis. Por meio dessa abordagem, busca-se entender o acionamento do Poder Judiciário na atribuição de revisar leis, normas e atos promulgados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Analisando brevemente a questão histórica, Barbosa et al. (2016) afirma que a origem da revisão judicial no mundo ocorreu pela via do controle de constitucionalidade na Inglaterra em 1606, no caso *Bonham*, embora tenha obtido proporções globais com o caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, nos Estados Unidos.¹¹

¹¹ Com relação ao caso *Malbury v. Madison*, Araújo (2014) explica que, nas eleições de 1800, os democratas-republicanos obtiveram maioria nas duas casas legislativas e Thomas Jefferson, um dos criadores do partido, derrotou o candidato Aaron Burr, o qual era apoiado pelo então presidente John Adams (Partido Federalista). Antes de deixar a presidência, após a derrota, Adams aparelhou politicamente o Poder Judiciário (já que o Legislativo e Executivo estavam sob o controle do partido

Vallinder (1995) destaca, no mesmo sentido, que a revisão judicial é a forma primeira de judicialização, por meio da qual são revisadas ações executivas e legislativas. Esse controle revisional seria judicialização do tipo externa (*judicialization from without*), distinta das formas de judicialização interna (introdução ou expansão de pessoal ou métodos de trabalho judicial no setor administrativo). Vallinder (1995, p. 17) afirma, assim, que após o caso *Marbury v. Madison*, “durante a última parte do século XIX, a Suprema Corte estabeleceu a revisão judicial como uma característica básica do sistema governamental americano”.

Arantes (2013), oportunamente, faz o alerta que revisão judicial e controle de constitucionalidade das leis não são a mesma coisa e remetem a experiências históricas e a sistemas institucionais distintos. Assim, a primeira tem origem nos Estados Unidos, país que depositou confiança no Judiciário, outorgando-lhe a missão da *judicial review*. Já o controle de constitucionalidade tem origem no continente europeu, o que, para o Arantes (2013, p.199), afasta-se da solução judicial, “entregando a missão de controle das leis a uma corte constitucional quase sempre situado num ponto independente dos três poderes”.

Dessa forma, o sistema norte-americano é chamado de *difuso*, em razão de que todos os juízes integrantes do Poder Judiciário têm capacidade para revisar a constitucionalidade de leis e atos normativos, no julgamento de casos judiciais concretos (ARANTES, 2013). Por outro lado, no modelo europeu, o controle constitucional é monopólio da Corte Constitucional (e não somente para revisá-la no julgamento de casos individuais). Assim, ao contrário do modelo difuso, o órgão

de Jefferson). Assim, por meio de alteração do *Judiciary Act* de 1789, criou dezoito cargos judiciais, quarenta e dois cargos de juiz de paz, dos quais para um deles foi nomeado William Marbury (pelo Estado da Columbia), além de nomear seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A partir de 1801, com a nova composição do Congresso e a nomeação, Jefferson nomeia um novo Secretário de Estado, James Madison, o qual revoga (*Repeal Act*) as alterações da *Judiciary act*, desconstituindo todas as nomeações feitas por Adams. Dessa forma, muitos conflitos foram judicializados, uma vez que os juízes nomeados sentiram-se prejudicados pelos atos legislativo e executivo que extinguiram os cargos criados. Um dos casos levados à Corte foi o de William Marbury, o qual impetrou um mandado de segurança (*writ of madamus*), requerendo a posse no cargo de juiz, uma vez que, apesar da nomeação com base em lei distrital (*The organic act of District of Columbia*), o Secretário Madison não lhe deu investidura ao cargo, extinguindo todas as nomeações de Adams. Como destaca Araújo (2014), o caso de William Marbury foi julgado antes dos demais pela Suprema Corte e relatado pelo então Presidente John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Assim, inaugurando o sistema de revisão judicial (*judicial review*) de atos de outros poderes, a Suprema Corte dos EUA afirmou a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei. Apesar do silêncio da Constituição sobre o tema, o fato ocorreu por ser uma consequência natural da interpretação da Constituição sobre as leis, do estado de direito e da natureza legal da Constituição (BRANDÃO, 2013).

máximo do Judiciário tem a competência para julgar a própria lei, provocada por ações de (in)constitucionalidade.

Araújo (2014) afirma que, embora o caso *Malbury v. Madison* seja o mais destacado na literatura sobre a revisão judicial, há decisões anteriores na jurisprudência norte-americana, nas quais Cortes Estaduais declararam a constitucionalidade das leis e outros casos (diferentes de inconstitucionalidade) onde a Suprema Corte sugeriu a possibilidade de invalidação de normas. Dessa forma, os Estados Unidos foi o país precursor do sistema de revisão judicial dos atos legislativos e executivos. De acordo com Aguiar (2007, p. 145), com a queda dos totalitarismos europeus e, mais tarde, do comunismo, o modelo norte-americano consolidou-se como aquele a ser seguido pelos países em processo de democratização (América Latina, Ásia e África), impulsionando uma maior atuação do Judiciário no sistema político.

Carvalho e Oliveira (2002) destacam, com base em Tate e Vallinder (1995), que, com a queda do comunismo no Leste Europeu e o fim da União Soviética, houve abertura para que o sistema de revisão judicial norte-americano fosse usado como referência a nível global. Como consequência, Carvalho e Oliveira (2002, p. 9) afirmam que “não seria surpresa se o desenvolvimento da revisão judicial norte-americano se tornasse um modelo de controle institucional a ser seguido pelas novas democracias”. Assim, Carvalho (2007) aponta que a Corte Suprema norte-americana intervém de forma direta e indireta no processo de elaboração de políticas, por meio do uso da revisão judicial, anulando políticas governamentais, sendo hoje o principal mecanismo e o melhor indicador do ativismo.

Quanto ao caso dos países europeus, Carvalho (2007) afirma que dos 35 países independentes e democráticos que compõe a Europa, 17 deles possuem o controle abstrato da legislação. Ainda, detalha o autor que

é preciso deixar claro que a revisão abstrata da legislação é apontada como a grande protagonista do processo de judicialização da política na Europa. A judicialização, de uma forma bem ampla e praticamente consensual, refere-se ao processo geral em que o discurso legal – normas de comportamento e linguagem – penetra e é absorvido pelo discurso político. Em uma perspectiva menos abstrata o consenso em torno do conceito de judicialização acaba (CARVALHO, 2007, p. 174).

Ainda, no trabalho de Carvalho (2007), há quadros comparativos entre os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano e europeu. Em resumo, destaca-se que o peso das decisões na Suprema Corte norte-americana é

infinitamente menor do que o exercido pelas Cortes europeias. Assim, para Carvalho (2007, p. 174), “o monopólio das decisões sobre a constitucionalidade de diplomas legais na Europa torna os tribunais constitucionais mais aptos à judicialização”, tendo em vista que esses tribunais não podem deixar de julgar os conflitos levados ao Judiciário; diferentemente, no caso norte-americano, o tipo de controle de constitucionalidade e o próprio sistema processual dificultam a ampliação do campo jurisdicional.

Em contrapartida, afirma Arantes (2013, p. 200) “se a experiência americana refletiu historicamente o receio da ‘tirania da maioria’ legislativa, a experiência de países da Europa ocidental foi marcada pelo receio do ‘governo dos juízes’” e, talvez por essa razão, o Judiciário europeu não tenha adquirido o papel de *judicial review*. Assim, embora a “aptidão para judicialização” no caso europeu, o autor destaca as cortes constitucionais nesses países não integram necessariamente a estrutura judiciária nem se confundem com a última instância do Judiciário. A forma de indicação dos ministros, diverso do modelo norte-americano, é mais politizada e os integrantes costumam ter mandatos fixos (apesar de mais alongados do que mandatos eletivos).

A adoção desses modelos constitucionais, dessa forma, remete muito mais à historicidade das revoluções americana e francesa e à influência no curso histórico de tantos países do que a análises puramente contemporâneas. De acordo com cientista político,

é possível tomar França e Estados Unidos como dois modelos principais de definição do Judiciário moderno, que inspiraram a formação dos demais Estados liberais-democráticos nos séculos XIX e XX: a experiência francesa, mais republicana do que liberal, modernizou a função de justiça comum do Judiciário mas não lhe conferiu poder político; a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o Judiciário à condição de poder político (ARANTES, 2004, p. 80).

No Brasil, em virtude das particularidades do sistema de controle de constitucionalidade, a perspectiva será abordada na subseção 2.3.1.

2.2.2 Política judicial comparativa (*comparative judicial politics*): as contribuições da perspectiva comparada

Outra perspectiva de estudos sobre o tema da judicialização da política é o campo chamado política judicial comparativa (*comparative judicial politics*), que

abrange o estudo das instituições judiciais sob a ótica das Ciências Sociais, em especial da Ciência Política. De acordo com Da Ros (2017, p. 59), são principais vertentes de pesquisa (i) a construção institucional (definição de regras e agentes dos órgãos judiciais), (ii) as formas e os perfis de acionamento dos tribunais, (iii) o comportamento decisório (padrões de votação e controle de agenda judicial), e (iv) os efeitos e a implementação das decisões das cortes. Nesse sentido, além da questão jurídica, são analisados elementos extrajurídicos, ou seja, políticos, sociais, econômicos e culturais, com um viés de cunho comparativo e que objetiva generalizações (não excludente aos estudos de caso).

Quanto ao primeiro ramo de estudo, (i) a construção institucional aborda as questões relacionadas à decisão das regras formais, que são base para atuação dos tribunais, e a definição sobre os ocupantes desses cargos. Nas palavras de Da Ros (2017, p. 60), os autores dessa área questionam por que elites políticas decidem dotar instituições judiciais (ou quase judiciais) de maiores poderes e instrumentos de intervenção sobre o ciclo de políticas públicas, se tal fato limita os próprios poderes dessas elites. De outro modo, ainda perguntam os estudiosos o que explica o comportamento aparentemente contraditório desses grupos ao abrir mão de poder em favor do Judiciário.

Nessa área da construção institucional, Da Ros (2017) afirma que há uma crescente vertente da literatura que inverte a questão, ou seja, observa que há menos esforços de elites políticas (declinantes) e mais em iniciativas dos atores judiciais no campo político e para o fortalecimento das Cortes. Nesse entendimento, no avançar da presente dissertação, será possível analisar essa questão, uma vez que a judicialização de direitos homoafetivos coloca um protagonismo na atuação proativa do Judiciário, ante a resistência das clássicas instituições políticas em debater e em legislar sobre o tema.

Em relação ao segundo ramo de pesquisa, (ii) acesso e padrões de acionamento dos tribunais, o autor afirma que o estudo envolve o modelo de revisão judicial (discutido na subseção anterior), a amplitude de acesso às Cortes e o uso dos mecanismos pelos atores políticos e sociais. Contudo, Da Ros (2017, p. 62), acredita que nesse modelo teórico “há poucas conclusões comparativas a respeito do impacto dos modelos ‘puros’ de *judicial review* sobre o acesso aos tribunais”.

A terceira vertente da política judicial comparativa é a de análise sobre o (iii) comportamento decisório, o que acompanha a tradição de pesquisas norte-

americanas na área. Para Engelmann (2017, p. 19), esse modelo de análise advém do comportamentalismo estudado nos anos 1960, o que possibilitou uma série de pesquisas estatísticas direcionadas à análise da política judicial. Assim, esse ramo de pesquisa tem foco nos juízes e nas Cortes, com vistas a identificar os padrões de votos e comportamentos dos ministros da Suprema Corte norte-americana .

De acordo Da Ros (2017), essa literatura (comportamento decisório) busca compreender como são decididas as demandas que chegam às Cortes judiciais, objetivando explicar os padrões de regularidade decisória que são observados no Poder Judiciário. Assim, a exemplo de Rodriguez (2013, p. 108), em sua pesquisa sobre o perfil decisório dos tribunais brasileiros, muitas conclusões desse modelo de análise convergem para o entendimento de que “a jurisdição brasileira é opinativa e julga em função da agregação de opiniões e não com base na fundamentação sistemática e racional”.

O quarto ramo de análise da política judicial comparativa detém-se no (iv) impacto da atuação e da implementação das decisões proferidas pelas instituições judiciais. Para Da Ros (2017, p. 63), nesse estudo são feitos alguns questionamentos pontuais sobre se “essas instituições importam?” “em qual medida?” ou “em quais arenas se percebem os efeitos de sua atuação mais intensamente?”. A presente pesquisa também poderá apresentar pontos de contato com essa perspectiva, uma vez que, será verificado se diante da decisão judicial de reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas, houve de fato uma reação institucional, em especial, no Congresso Nacional.

Cabe destacar, ainda, que modelo de análise da política judicial comparativa teve importância no contexto dos países latino-americanos. De acordo com Englemann (2017, p. 198), o estudo do protagonismo político do Poder Judiciário cresceu nos últimos vinte anos, em virtude do surgimento de diversos trabalhos comparativos e que discutem desde indicadores de independência judicial até os perfis de resposta dos tribunais em demandas coletivas tendo, principalmente, como recorte principal os períodos mais recentes de regime democrático. Assim, o eixo central desses estudos é a relação entre elites judiciais e políticas com a independência e autonomia do poder judicial.

Na visão de Engelmann (2017, p. 199-200), os estudos latino-americanos na área da judicialização da política dividem-se em três conjuntos. O primeiro trata-se da discussão das relações entre o Judiciário e a política, nas últimas duas décadas,

concernente à relação entre autoritarismo político e justiça (poder militar e restrição do Judiciário, doutrinas de segurança). Um segundo no qual os pesquisadores da área focam nos grupos de articulação - por meio da mobilização do sistema judicial - de resistência aos regimes autoritários (como ONGS e advogados ativistas). Por fim, o terceiro eixo se detém especificamente na política comparada, a partir de estudos de caso, sobre as configurações da repercussão política do Judiciário no período pós-regimes militares.

Pela exposição acima, assim, percebe-se a importância e a amplitude da perspectiva pela abordagem da política judicial comparativa (*comparative judicial politics*) e seus ramos de análise.

2.3 A judicialização da política no Brasil: abordagens contemporâneas

No Brasil, os estudos sobre a judicialização da política tiveram um primeiro movimento no final da década de 1970 e, de acordo com Engelmann (2017), originaram-se no interior do campo jurídico, protagonizado por juristas críticos com vínculo esquerdista e que mobilizaram a sociologia marxista ao denunciarem o conservadorismo do Direito. Para o autor, a expressão mais visível desse processo foi, porém, na década de 1990, com o chamado “movimento do direito alternativo”, responsável por canalizar iniciativas intelectuais com maior repercussão no âmbito do Judiciário e do ensino universitário. Em uma segunda fase, os estudos acompanharam a conjuntura da redemocratização brasileira, principalmente motivada pelos marcos institucionais da Constituição de 1988 e a emergência de uma agenda político-judicial na reivindicação de direitos.

Na segunda metade da década de 1990, há uma proliferação de estudos sobre as instituições judiciais na área da Ciência Política, tendo foco na compreensão do lugar político ocupado pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público na recente democracia brasileira. Assim, para Engelmann (2017, p. 26) “trata-se de uma agenda de pesquisas fortemente influenciada pelos problemas e hipóteses da Ciência Política americana de corte neoinstitucionalista e em menor grau pelos modelos que aplicam o modelo atitudinal”.

Nesse contexto dos anos 1990, Faro de Castro (1997) realizou estudos na área da judicialização, com enfoque no Supremo Tribunal Federal. Para o autor, no Brasil, a atuação dos tribunais e interação com sistema político se dá em dois

planos, sendo o primeiro um plano das ações políticas, ou que chama de “não-jurisdicionais”, caracterizado pelo exercício informal do poder (discursos de posse, declarações à imprensa). O segundo plano seria o das ações jurisdicionais, cujo exercício se faz de modo formal (sentença, votos, decisões liminares) pela autoridade judicial.

Werneck Vianna, também nos idos de 1990, aparece como autor importante a se dedicar sobre o tema da judicialização da política no Brasil. No trabalho de Vianna et al. (2014), originalmente publicado em 1998, os autores fazem análise do contexto brasileiro por meio de uma detalhada pesquisa de dados das ações constitucionais movidas pelos diversos atores.¹² Assim, o estudo propõe o diálogo e o questionamento sobre a intervenção judicial nas questões políticas e sociais, apresentando um novo conceito de “judicialização das relações sociais”.¹³

No século XXI, Carvalho (2007) aparece como destaque nos estudos da área, principalmente no trabalho sobre a compreensão do processo de judicialização da política via controle de constitucionalidade. Para o autor, a análise da revisão judicial de leis e atos legislativos e executivos é amplamente utilizada no Brasil e já se tornou objeto de comparação na literatura pertinente, a exemplo de Tate e Vallinder (1995) e Vianna et al. (2014). Embora se detenha nessa abordagem, Carvalho (2007, p. 161) assume que se apresentam outras formas de compreensão do fenômeno da judicialização, como a “utilização dos procedimentos judiciais ordinários para a petição e resolução de demandas sociais e políticas” ou “a aparição de regras e procedimentos ‘quase-judiciais’ em espaços de negociação e decisão não judiciais”, além de outras dimensões, como a da “judicialização das relações sociais”.

Nessa linha, Barroso (2008, p. 3) resume que no Brasil “a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”. Como segunda causa, tem-se

¹² O livro organizado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, “Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil” (VIANNA et al., 2014), foi resultado de uma pesquisa iniciada em março de 1998 sobre o Poder Judiciário e as relações políticas e sociais no país, oriunda do convênio entre a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ).

¹³ Anos mais tarde, Vianna, Burgos e Salles (2007) elaboraram um trabalho de atualização investigando o mesmo objeto, a fim de verificar se o padrão de judicialização da política antes constatado ainda persistia, em especial após a conquista do governo por uma coalizão política à esquerda do espectro político (VIANNA et al., 2007). Assim, com ambos os trabalhos, ao longo de dezessete anos, concluíram os autores que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi um instrumento altamente sensível às mudanças nas políticas de governo.

a “constitucionalização abrangente”, a qual trouxe à Carta de 88 inúmeras matérias antes relegadas ao processo político majoritário e à legislação ordinária. Por fim, uma terceira e última causa, para o autor, é o “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, combinando os modelos norte-americano (qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, caso a considere inconstitucional) e europeu (acionamento direto da Corte para questionar a constitucionalidade de lei).

Como destacado, embora a presente pesquisa não pretenda enfrentar a questão da judicialização sob a perspectiva do controle de constitucionalidade das leis, impossível revisar o debate do fenômeno judicial sem abordar o modelo de revisão judicial (*judicial review*) das leis no Brasil e do controle constitucional pelo Poder Judiciário.

2.3.1 O sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro

Apropriando-se dos conceitos de José Afonso da Silva (2002), referência no estudo do Direito Constitucional brasileiro, há três sistemas de controle de constitucionalidade quanto à natureza dos órgãos. O primeiro tipo é o controle político, onde a verificação da inconstitucionalidade é efetuada por um órgão de natureza política (não integrante da estrutura de nenhum dos três poderes). Um exemplo dado pelo autor é o Conselho Constitucional francês (*Conseil Contitutionnel*), composto de nove membros e ex-Presidentes da República.

O segundo tipo é o controle jurisdicional, aquele em que o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem dispositivos e princípios previstos na Constituição Federal, tendo como exemplo os EUA. Para Silva (2002, p. 49), essa forma de controle “representa para alguns o início do processo de superação da supremacia do Parlamento pela supremacia da Constituição”. Por fim, o terceiro é o controle misto, como nome já define, é aquele em que a Constituição determina que certos tipos de diplomas legais sejam submetidos a um controle político e outros, a um controle jurisdicional, exemplificando o caso da Suíça.

No caso brasileiro, das formas de controle de constitucionalidade apresentadas (natureza do órgão), a que vigora é a de controle jurisdicional (embora exista o controle político, como o veto presidencial, por exemplo). Dessa forma, de acordo com Silva (2002), a literatura constitucional subdivide em duas as formas o

controle jurisdicional quanto ao número de órgãos competentes para julgamento: difuso e concentrado. O primeiro tipo (difuso) é aquele onde é permitido o exercício por uma pluralidade de órgãos judiciais (juízes e tribunais), tendo origem no Brasil na Constituição de 1891 e mantido nas subsequentes até a atual Constituição de 1988.

Por outro lado, o controle do tipo concentrado é aquele em que um único órgão, em regra, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, provocado por uma Ação Direta (de Inconstitucionalidade, por exemplo), decidirá sobre a questão da lei questionada. No Direito brasileiro, esse tipo de controle foi introduzido pela Constituição de 1946. Para Carvalho (2007, p. 162-163), contudo, o caso brasileiro é do tipo de controle “misto ou híbrido”, uma terceira classificação, pois contempla simultaneamente as duas formas anteriores (difusa e concentrada).

Arantes (2004) destaca que, no Brasil, embora a primeira Constituição republicana (1891) tenha copiado o modelo difuso norte-americano (*judicial review*), muitas modificações, realizadas nas Constituições posteriores, foram inspiradas no sistema concentrado europeu. Dessa forma, o sistema de controle constitucional é, de fato, híbrido e bastante singular no quadro do direito comparado. Assim, para Arantes (2004, p. 93) “o STF é quase uma corte constitucional”.

A finalidade ou objetivo do controle de constitucionalidade, pelos estudos de Direito constitucional, pode ser de dois tipos: concreto e abstrato. No controle concreto, para Masson (2015), a constitucionalidade de uma norma é arguida de modo incidental, ou seja, questiona-se se a norma obedece à Constituição no curso de uma ação, possuindo como intuito principal solucionar uma controvérsia entre as partes. Diferentemente, no controle abstrato, a finalidade específica é verificar a constitucionalidade do ato/lei em tese, não sendo necessária, nesse caso, a existência de um conflito jurídico.

Interessante destacar que no Brasil o controle do tipo concentrado, em um único órgão, na quase totalidade dos casos, realiza-se de modo abstrato (constitucionalidade do ato/lei em tese), enquanto do tipo difuso, com mais de um órgão judicial podendo apreciar a questão, normalmente seja de um caso concreto (via incidental). Contudo, embora haja muita confusão pelos estudiosos na terminologia, alerta Masson (2015, p. 1070) que “não há uma relação obrigatória e necessária entre os vocábulos ‘concentrado’ e ‘abstrato’, e ‘difuso’ e ‘concreto’”, por existirem exceções à regra no Direito brasileiro.

Dessa forma, para Arantes (2013), a ampliação do acesso ao STF e o fortalecimento do papel político do Judiciário, em 1988, é elogiada por estudiosos sobre o tema como medidas democratizantes, ao lado de uma Constituição repleta em direitos marcados pela cidadania. Dessa forma, o controle de constitucionalidade no Brasil assenta-se em três premissas logicamente encadeadas, sendo a primeira (1) de que a Constituição protege o interesse geral, e a segunda (2) de que as maiorias políticas podem agir contra esse interesse, legislando em benefício próprio. A terceira premissa, de acordo com Arantes (2013, p. 205), é de que “o controle constitucional existe para recompor o interesse geral a partir da provocação de algum agente capaz de expressá-lo”.

No que tange ao objeto dessa pesquisa, a judicialização da questão dos direitos homoafetivos, o tema chegou ao STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. O controle de constitucionalidade realizado, assim, de acordo com o acórdão da decisão, foi do tipo concentrado (único órgão, no caso STF) e abstrato (desvinculada de um conflito específico). Com isso, compreendido como ocorre o controle de constitucionalidade das leis no Brasil e a terminologia a ser tratada nos capítulos seguintes, constata-se a importância dos autores que estudam o fenômeno da judicialização com base nessa perspectiva de análise.

2.3.2 Recentes aprofundamentos sobre judicialização da política brasileira

Após a análise da judicialização, seja por um viés da expansão global do Poder Judiciário, seja pelo sistema de controle (judicial) de constitucionalidade de atos executivos e legislativos e do enfrentamento de algumas perspectivas de abordagem no contexto brasileiro, faz-se necessário aprofundar a questão na seara política e social contemporânea. Cittadino (2004, p. 106) afirma que processo de ampliação da ação judicial no Brasil pode ser visto também por diversas perspectivas, (i) como um fenômeno da normatização de direitos (coletivos e difusos); (ii) pelas transições pós-autoritárias e consequente edição de constituições democráticas (reforço de garantia do estado de direito); (iii) na instigação e investigação voltadas ao combate à corrupção da classe política (“criminalização da responsabilidade política”); (iv) pela instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional; e ainda (v) pela emergência de discursos acadêmicos

e doutrinários, originários na cultura jurídica, defendendo uma relação compromissória entre Judiciário e soberania popular.

Para Koerner e Maciel (2002), o debate recente no Brasil se distribui em torno de apenas dois eixos fundamentais. O primeiro é uma crítica ao crescimento do protagonismo das instituições judiciais (que estaria em sentido contrário das instâncias eleitorais majoritárias), tendo como fundo um modelo de república constitucional liberal com nítida separação dos poderes e em que o Judiciário pouco interferiria nas decisões tipicamente legislativas e executivas. O segundo eixo apresentado pelos autores adota uma visão mais otimista dos processos de protagonismo político das instituições judiciais, onde veem uma cooperação entre os poderes na produção de decisões políticas e uma dimensão da participação política e da deliberação pública, tendo por pano de fundo um modelo constitucional democrático-comunitário.

Da Ros e Taylor (2008), em outra perspectiva, ao abordarem o tema da judicialização, categorizam três modos do uso político da via judicial: (i) a judicialização como tática de oposição, (ii) judicialização como arbitragem de interesses em conflito e (iii) judicialização como instrumento de governo. O primeiro, afirmam os autores, mais intensamente estudado pelos acadêmicos e noticiado pelos meios de comunicação, trata-se do acionamento dos tribunais com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo. Assim, Da Ros e Taylor (2008, p. 838-389) enquadram nesse perfil especialmente “as Adins propostas por partidos políticos excluídos da coalizão governista, que são empregadas como instrumentos que amplificam a voz desses mesmos grupos no embate político”, além de uma busca aos tribunais brasileiros “com o objetivo de vetar integralmente ou retardar a implementação de determinadas políticas governamentais”.

Esse tipo de judicialização (como tática de oposição) merece destaque, uma vez que se trata do emprego dos tribunais como uma última instância por partidos e grupos de oposição fazendo frente às políticas do governo eleito. Assim, de acordo com Da Ros e Taylor (2008, p. 389), a judicialização serve como a ameaça de obstrução a determinadas votações no Congresso nacional, no caso de partidos políticos, e manifestações públicas, em se tratando de sindicatos e outros grupos de interesses. No caso do reconhecimento judicial de direitos às uniões homoafetivas, o que será abordado nos capítulos seguintes, parece que tais grupos, diante da

derrota na instância judicial, buscam no legislativo fazer resistência ao Judiciário e às políticas de gênero e orientação sexual.

A chamada judicialização como arbitragem de interesses em conflito, por outro lado, não objetiva o uso dos tribunais como instrumentos de oposição ao governo. Esse segundo tipo presta-se, de acordo com Da Ros e Taylor (2008, p. 840), à propositura de ações “nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros”. Assim, o que se busca no STF (ainda que não declarado explicitamente) é a definição ou aperfeiçoamento de determinadas “regras do jogo”.

O terceiro tipo do uso da via judicial decorre do somatório aos dois outros tipos anteriores, servindo, de fato, de judicialização como instrumento de governo. Nesse aspecto, para os autores

o uso conferido à via judicial pelos opositores é condicionado ao teor das políticas adotadas pelo governo – especialmente se estas apresentam custos mais ou menos concentrados em determinados grupos. Mesmo nesses casos, entretanto, a decisão pela contestação judicial dependerá da estratégia política que os diferentes atores adotam em relação ao governo (DA ROS; TAYLOR, 2008, p. 847).

Em trabalho recente, Da Ros (2017) sintetiza a questão das abordagens da judicialização no Brasil, entendendo que, primeiro, os argumentos desenvolvidos por Tate e Vallinder (1995) são bastante simples e pouco precisos para identificação das causas e consequências do fenômeno. Assim, muitos autores brasileiros que seguem o debate sobre expansão global do Poder Judiciário têm uma maior dificuldade na exploração da subdisciplina do *comparative judicial politics* no Brasil. Para além da crítica, o autor percebe uma ampliação do leque teórico de estudos sobre judicialização a partir das análises do STF, contudo, embora seja o tribunal hierarquicamente mais relevante do país, Da Ros (2017, p. 86) alerta que a Corte “é apenas um meio a uma constelação imensa e diversificada de órgãos judiciais que inclui outros tribunais [...] e milhares de varas judiciais Brasil a fora”.

Nesse ponto, Engelmann (2017, p. 481-482) defende, para além da construção institucional e simbólica da autonomia do Poder Judiciário, que “análise comparativa das biografias dos juristas que ascendem às posições de destaque no campo jurídico contribui para a apreensão dos fatores que hierarquizam a elite judicial.” Embora a maior parte dos estudos ainda se concentre no STF e na

dinâmica em que trabalha a Corte, são análises necessárias em função da visibilidade e do caráter geral e vinculante das decisões proferidas por esse tribunal. Assim, nos termos que reforça Englemann (2017), os juristas posicionados nos tribunais superiores concentram poder maior de decisão sobre questões relacionadas a outros poderes de Estado e com maior repercussão na vida pública, podendo ser tomados como os verdadeiros representantes da cúpula judicial.

Inserido debate sobre judicialização da política, alguns cientistas políticos contemporâneos relacionam o fenômeno da expansão do Poder Judiciário ao enfraquecimento dos outros Poderes. No entendimento de Filgueiras e Marona (2002, p. 101) “o descontentamento dos cidadãos no Brasil em relação às delinquências de nossos homens públicos promove um processo de deslocamento de legitimidade democrática”. Dessa forma, há uma delegação às instituições judiciais para resolução dos assuntos importantes no país, como controle da corrupção, em especial a que ocorre nas dimensões do Legislativo e do Executivo.

Arantes (2013) afirma também que o fenômeno brasileiro de intervenção judicial nas questões políticas também está relacionado ao deslocamento da legitimidade democrática. Para o autor, a judicialização surge do processo a partir do qual os cidadãos apoiam e compreendem a centralidade institucional de organizações ou pessoas, mas o descontentamento com o cenário político acaba deslocando das instituições democráticas clássicas para as judiciais. E nessa linha, Barroso (2008) alerta para riscos sobre a democracia, na possibilidade de um órgão não eletivo (STF) sobrepor-se (em regra) a uma decisão do Chefe do Executivo (sufragado por milhões de cidadãos) ou do Legislativo (513 membros escolhidos pela vontade popular).

Ainda, como desdobramento das diferentes abordagens sobre a judicialização da política no Brasil, Vianna et al. (2014) sugerem, como já mencionado, o conceito de judicialização das relações sociais. Partindo de uma análise do fenômeno pela conversão do acesso à justiça em política pública, destacam a atuação de grupos/minorias no espaço judicial e dos meios de solução de conflitos judiciais, embora menos jurídicos, como os Juizados Especiais. Nesse sentido, observam que o processo integra

agenda igualitária e da sua interpelação por grupos e indivíduos em suas demandas por direitos, por regulação de comportamentos e reconhecimento de identidades, mesmo que em um plano exclusivamente simbólico, que tem derivado o processo de judicialização das relações sociais [...]. Ilustra, ainda, o processo em favor da judicialização das relações sociais a ação de

grupos particulares que reclamam a intervenção do direito na institucionalização da sua condição, como se verifica entre os homossexuais que, ao pretenderem a equivalência entre o casamento e o contrato de união civil, buscam a consagração, por parte da ordem jurídica, de uma opção de natureza individual (VIANNA et al., 2014, p. 150).

Para Barbosa et al. (2016, p. 61), desse interesse crescente dos estudiosos sobre as causas e consequências do fenômeno, surgem três resultados interessantes. O primeiro, no desenho institucional, uma vez que a existência de prerrogativas institucionais - que garantam a independência do Poder Judicial (combinadas com o instrumento de revisão judicial) -, são fatores institucionais que potencializam o processo de judicialização. O segundo resultado em que quanto maior o grau de fragmentação política de uma sociedade (como ocorre na atual sociedade brasileira), maiores serão os níveis de judicialização dos conflitos políticos. Por fim, o terceiro revela que, em sistemas eleitorais personalizados, aliados a elevadas taxas de risco de manutenção no poder, a independência judicial é maior e, conseqüentemente, maior será a probabilidade de judicialização.

Importante ressaltar, como aprofundamento, que a literatura da área de estudos sobre Judiciário, em regra, não diferencia as expressões “judicialização” e “ativismo judicial”, trazendo-as com mesmo significado. Contudo, Barroso (2008) afirma que as expressões, embora sejam da mesma família, não têm origens idênticas. A judicialização, primeiramente, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, o que a difere do exercício deliberado de vontade política.

Dessa forma, na judicialização, de acordo com Barroso (2008, p. 6), “o Poder Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa”. Por outro lado, o ativismo judicial é uma atitude do julgador, a forma como escolhe a decisão de um modo específico e proativo na interpretação da Constituição, com expansão de sentido e alcance. Assim, o autor afirma que o ativismo normalmente ocorre em situações de retração do Poder Legislativo, em que está presente certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, e das quais o Judiciário entenda cabível que as certas demandas sociais sejam atendidas.

Para o autor, assim, a noção de ativismo está associada à participação ampla, intensa e intencional do Judiciário na concretização de valores e fins da Constituição. O oposto a ele é a “auto-contenção judicial”, ou seja, quando as instituições judiciais procuram reduzir a interferência nas ações dos outros Poderes

do Estado. Barroso (2008, p. 09) ainda destaca a face positiva do fenômeno, quando busca o julgador atender a demandas sociais não atendidas pelo Parlamento, como temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.

Ainda sobre o ativismo judicial, Koerner (2013, p. 70) afirma que se atribui a Arthur Schlesinger a utilização do termo pela primeira vez em 1947, num artigo na revista *Fortune*. Para o cientista político brasileiro, a expressão indica uma situação-limite ou de fronteiras fluidas, mas necessárias, entre os mundos da política e o do direito, em que o agente judicial (o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo), ao ultrapassar e ingressar em um domínio que não lhe é próprio, produziria riscos, extrapolaria suas funções, atuando sob o efeito de influências como valores subjetivos próprios, preferências ou programas políticos. Fruto desse “agir”, alerta Koerner (2013, p. 72), a decisão “desnaturaria da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, o que seria prejudicial à construção conceitual do Estado do direito”.

Hirsch (2009) afirma que, apesar da prevalência do fenômeno, o discurso acadêmico ao redor do mundo ainda permanece superficial. Em algumas situações, destaca o autor, que a judicialização da política chega ser confundida com uma versão genérica do ativismo judicial. Dessa forma, os autores que confundem prestariam

pouca ou nenhuma atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do escopo do direito a um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação (HIRSCH, 2009, p. 141).

Dessa forma, após o aprofundamento do tema, destacam-se alguns pontos na presente pesquisa. Primeiramente, na obra de Tate e Vallinder (1995), importante relevância é dada às razões (ou o que chamam de fatores, causas ou condições) para ocorrência do fenômeno da judicialização. Com isso, os autores não buscam encerrar uma definição ou especificar o que significa, sendo o conceito de judicialização, como já destacado pela literatura brasileira, pouco útil ao se analisar a expansão global do Poder Judiciário como um todo.

A presente pesquisa não se debruça na discussão sobre a procedência ou não do fenômeno da judicialização, se é positivo ou negativo ao contexto democrático, afastando-se também das questões relacionadas à tripartição dos poderes, ao (neo)constitucionalismo ou ao perfil decisório de juízes. Buscou-se

trazer o entendimento dos autores especializados no tema, dos clássicos aos contemporâneos, a ponto de esclarecer a que remete o termo judicialização da política nas literaturas nacional e internacional, e para que se faça uso em conjunto com objeto dessa pesquisa.

Nessa linha, a partir das perspectivas até o momento apresentadas, é possível verificar, como observa Brandão (2013), que há insuficiência da explicação dada pelo conhecimento jurídico convencional ao fenômeno da judicialização da política. A vinculação da expansão do Judiciário às condições institucionais, como o fortalecimento do Poder Judiciário e de instrumentos de controle dos atos do poder público, além da previsão constitucional de direitos fundamentais, esclarece elementos importantes para a compreensão do fenômeno. Além disso, exemplifica Brandão (2013, p. 180-181), que a literatura apresenta condições políticas fundamentais para essa expansão “como a estabilização da democracia, o grau de difusão do poder político, o sistema de governo, a forma de Estado, o nível de confiança pública nas instituições”.

A Ciência Política contemporânea, assim, tem se esforçado na criação de métodos de análise e perspectivas das mais diversas sobre o Judiciário e a importância das instituições judiciais no contexto político. Contudo, embora abrangentes tais abordagens, para Brandão (2013, p. 180), ainda não são suficientes, seja pelo desprezo a outras condições institucionais, seja por desconsiderarem as condições políticas.

A presente pesquisa, após o estudo das abordagens oferecidas por juristas e cientistas políticos, encontrou espaço nos estudos que interpretam a atuação do STF sob a ótica da judicialização da política. Essa perspectiva, como mencionado, embora desconsidere alguns elementos e sofra crítica de alguns autores por entenderem que a Corte brasileira estaria na contramão da tendência da expansão global do poder judicial, auxilia a pesquisa no recorte do reconhecimento judicial da questão homoafetiva pelo STF. A judicialização como fundamento (como é o caso da dissertação) se presta quando

pretende significar tanto os casos de expansão da área de atuação dos tribunais e dos juízes – que passam a interferir sobre decisões outrora exclusivas dos poderes representativos – como também a propagação dos métodos judiciais de decisão para outras arenas que não apenas as cortes” (DA ROS, 2017, p. 76-77).

Alerta-se, também, que a judicialização da política não se trata de uma transferência de uma questão política dos poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Como afirma Garapon (1999), no fim dos anos noventa, o aumento do poder da justiça não deve ser entendido como transferência de soberania, mas como mudança profunda na democracia. A Constituição Federal de 1998, embora tenha aumentado o rol de competências, reforçadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), não transferiu atribuições de um Poder a outro.

No entendimento de Barroso (2008, p. 3), a judicialização envolve “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. Contudo, como destacado, a presente dissertação encara o tema de forma diversa. Filiando-se a posição de Da Ros (2017, p. 62), há uma “sobreposição de arenas institucionais nas quais um conflito se processa”, ou seja, mais que uma transferência, a intervenção judicial em questões políticas implica na retirada de um conflito ou tema da apreciação de um órgão para entregá-lo a outro.

Em relação à terminologia, como já destacado, embora parte da literatura na área utilize como sinônimos, judicialização e ativismo judicial possuem significados diferentes. A primeira decorre de uma atribuição dada ao Judiciário pelo Constituinte, enquanto a última revela uma postura e uma vontade do intérprete, o juiz (BARROSO, 2008). Na presente dissertação, contudo, a fim de se evitar discussões desnecessárias, será utilizada a expressão judicialização como fenômeno amplo de intervenção judicial nas questões políticas, e ativismo, ação (intuitiva) decorrente da atuação dos juízes e tribunais no desenho institucional brasileiro. Assim, seguindo esse entendimento, a judicialização da política pouco ou nada diz sobre como decidem as cortes ou tribunais, exceto a respeito do encorajamento para propositura (ou não) de mais ações judiciais.

Por fim, no capítulo seguinte será abordada a questão do reconhecimento judicial da união homoafetiva como entidade familiar, como surgiu na pauta do Judiciário e os argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da questão. Assim, compreendido o fenômeno, o capítulo seguinte não se detém na discussão de como a Corte decidiu (perfil decisório de ministros), mas partirá do pressuposto de que houve judicialização de um tema de grande relevância política e social. Como afirma Brandão (2013, p. 179), a judicialização, dentre suas várias outras abordagens, abrange “questões que são a verdadeira razão de ser da

política” chamando os juízes e tribunais a se pronunciarem sobre “questões moralmente complexas”, como é caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

2.4 Efeito *backlash*: da decisão judicial à reação social/institucional

De acordo com Valle (2013), no plano coloquial, a palavra *backlash* tem como significado primário um súbito e intenso movimento de reação, o qual responde a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento. A terminologia teria origem na física, aludindo à dinâmica, identificando-se com a enunciação da terceira Lei de Newton (a toda ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário). Ao transpor para realidade social, Valle (2013, p. 15) afirma que o princípio da física pode ser igualmente associado a uma forte e violenta reação a mudanças também intensas e expressivas seja no ambiente, seja nas regras de convívio.

Nesse sentido, a transposição do significado naturalístico do termo *backlash* para o campo do Direito, foi um desdobramento natural da sua incorporação nas questões pertinentes às relações humanas. A palavra, assim, remete mudanças bruscas num padrão de comportamento, a qual tem a aptidão de determinar reação de mesma intensidade, em regra, em sentido contrário. Assim, conforme Valle (2013, p. 6), “no seu significado literal, o uso do prefixo *back* não traduz, necessariamente, a ideia de regresso ou retrocesso; o que se tem é a reação em sinal contrário, em sentido inverso”.

Diante das múltiplas questões que o termo *backlash*, como reação contrária, possa assumir, torna-se necessário, em um primeiro momento, a análise dos autores que abordam a questão e o contexto em que é enquadrado seu significado.

2.4.1 Origens da expressão e precedentes envolvendo *backlash*

Na década de 1960, de acordo com Valle (2013), um dos primeiros autores norte-americanos a empregar o termo *backlash* na arena política norte-americana foi Felice Stern (1965). O autor, fazendo uso da expressão, analisou questões relacionadas à proteção de direitos civis e as reações às decisões proferidas pela Suprema Corte sobre o tema. A expansão desses estudos se deu, todavia, com a

análise dos casos paradigmáticos *Brown v. Board of Education* (1954)¹⁴ e *Roe v. Wade* (1973)¹⁵, respectivamente, da segregação racial e da interrupção voluntária da gravidez, os quais trouxeram consigo, após a decisão da Suprema Corte, uma gama de reações contrárias nos Estados Unidos.

De acordo com Klarman (1994), a decisão do caso *Brown vs Board Education* (1954) que declarou inconstitucional as práticas de segregação entre estudantes negros e brancos, contribuiu, de alguma forma, indiretamente para o sucesso do movimento pelos direitos civis.¹⁶ Em um primeiro momento, houve um enfraquecimento da consciência dos brancos nos estados do Norte, ao colocarem a autoridade moral da Corte e da Constituição por trás da demanda negra pela dessegregação. Além disso, para Klarman (1994, p. 87), há pouca evidência de que a decisão da Corte tenha feito os nortistas brancos significativamente mais simpáticos à causa dos direitos civis e, talvez por essa razão, surgido o *backlash* nesses e em outros setores da sociedade.

Quanto ao caso *Roe vs. Wade* (1973), com placar de sete votos a dois em favor de *Roe*, foi modificada a regulação do aborto existente no país, permitindo às gestantes, pelo direito à privacidade, a possibilidade de interrupção da gravidez durante o primeiro trimestre da gestação. De acordo com Lucchesi e Xavier (2018), o reconhecimento de tal direito, contudo, foi tardio, pois, durante a tramitação do processo, muito antes do caso chegar à última instância, houve o nascimento da criança, a qual foi encaminhada à adoção. Dessa forma, embora Norma McCorvey não tenha obtido o direito ao aborto, passaram a ocorrer muitas reações à decisão da Suprema Corte.

¹⁴ O caso norte-americano *Brown vs Board Education* (Conselho de Educação) do Estado de Topeka, ficou conhecido diante da decisão paradigmática da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954, declarando a inconstitucionalidade das leis estaduais de segregação entre estudantes negros e brancos em escolas públicas. Durante os anos 1930, diversas ações foram ajuizadas com a questão política da segregação, uma vez que, nessa época vigoravam as “Leis de *Jim Crow*”, promulgadas nos estados do sul do EUA, institucionalizando a segregação racial e exigindo a separação, inclusive instalações públicas e locais abertos, entre brancos norte-americanos e negros e outros grupos étnicos.

¹⁵ O caso *Roe vs. Wade* (1973) diz respeito à questão levada à Suprema Corte por *Norma McCorvey*, conhecida pelo pseudônimo de *Jane Roe*, contra o estado do Texas, EUA. Primeira vez na história do país, em 1973, a Corte decidiu que a Constituição norte-americana, pela supremacia do direito à privacidade, assegurava a possibilidade às gestantes de interrupção da gestação durante o primeiro trimestre, livre de embarços ou vedações pelo Estado.

¹⁶ Os trechos transcritos dos trabalhos de Klarman (1994; 2011) são realizados por livre tradução (inglês para o português) do autor da presente dissertação.

Por outra vertente, Couto (2013) afirma que o termo aparece na literatura feminista, onde *backlash* é utilizado como “reação contrária”. A expressão apareceu com a publicação do livro da jornalista e feminista Susan Faludi, em 1991, em “*Backlash: o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres*”, nos Estados Unidos. Nesse contexto, *backlash* seria uma espécie de onda conservadora que lutou pela destruição das conquistas feministas da década de 1970 e nos anos de 1980 povoou de mitos que culpavam o feminismo pela suposta infelicidade das mulheres norte-americanas (COUTO, 2013).

Assim, além da expressão relacionada às questões raciais (segregação entre brancos e negros nos EUA), a expressão se presta à teoria feminista. De acordo com Couto (2013), o que Susan Faludi fez foi nomear o fenômeno de reação antifeminista, o qual tinha como objetivo mandar as mulheres americanas de volta para o fogão. Assim, a explicação do *backlash*, no início da década de 1990, abriu a mente das militantes e pensadoras (COUTO, 2013) para um reconhecimento de uma situação vivida em qualquer outro lugar do mundo.

Buscando-se o conceito diretamente em Faludi (2001, p. 21), a expressão *backlash* “não é uma conspiração, com um conselho emanando ordens de uma sala de controle central, e as pessoas que se prestam aos seus fins muitas vezes nem estão conscientes dos seus papéis”. Na maioria dos casos, de acordo com a autora, as maquinações são disfarçadas e ocultas, ficando em um plano inacessível. Assim, não é possível afirmar que todas as manifestações do *backlash* tenham o mesmo peso e o mesmo significado, uma vez que muitas delas não passam de simples questões.

Contemporaneamente, Faludi (2001) relata a existência de um movimento político conservador e (talvez) de uma nova causa para efeito *backlash* na questão feminista. O movimento da “Nova Direita”, embora não tenha conseguido aprovar muitas das medidas legislativas específicas, obteve grandes vitórias na esfera mais abrangente das relações públicas. Assim, a autora afirma que

se o *backlash* contemporâneo tinha uma terra natal, esta era aqui, no seio da Nova Direita, onde ele começou a tomar forma como um movimento com um claro compromisso ideológico. Os líderes da Nova Direita foram os primeiros a articular o argumento central do contra-ataque - o de que a igualdade das mulheres é responsável pela infelicidade delas (FALUDI, 2001, p. 238).

Contemporaneamente, de outro ponto de vista teórico, alguns autores do chamado “constitucionalismo democrático” vêm se utilizando do termo *backlash*. Post e Siegel (2007) entendem o fenômeno como uma reação que desafia a presunção de que cidadãos (leigos) devam aceitar sem protestar as decisões proferidas pelas instâncias judiciais.¹⁷ Dessa forma, sob essa visão, conceituam *backlash* não apenas da perspectiva dos tribunais, mas também do ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo. Assim, para os autores, modernamente, o *backlash* situa-se na densa rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição (POST; SIEGEL, 2007).

Nessa linha do constitucionalismo democrático, mais recentemente, Siegel (2017) afirma que as constituições não empregam consenso, mas também o conflito. Disso, extrai a autora que a teoria do *backlash* repousa nessa segunda questão, sendo claro pelos relatos conhecidos do fenômeno, que a lei tem autoridade na medida em que reflete o consenso social. Assim, Siegel (2017, p. 7) afirma que “o conflito começa quando a lei diverge da comunidade e é uma ameaça para cada um” (2017, p. 7); já o *backlash* pode emergir como uma linguagem-chave para legitimar e desacreditar esse trabalho dos tribunais.

2.4.2 O reconhecimento judicial de direitos LGBT e o *backlash* nos EUA

Outro caso importante ocorrido no século XXI, na arena política e judicial norte-americana, foi o caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), em que o Tribunal Superior do Estado de Massachusetts, EUA, vedou a discriminação entre casais heterossexuais e homossexuais.¹⁸ Dessa forma, foi concedida a igualdade de proteções e benefícios (licenças de casamento), negados administrativamente por esse Estado. Diante do julgamento, a literatura na área

¹⁷ Os trechos transcritos dos trabalhos de Post e Siegel (2007) e Siegel (2017) são realizados por livre tradução (inglês para o português) do autor da presente dissertação.

¹⁸ O caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) teve início em 11 de abril de 2001, quando o grupo de ativistas e defensores de gays e lésbicas (*Gay and Lesbian Advocates and Defenders – GLAD*) processou o Departamento de Saúde do Estado de Massachusetts, diretamente no Superior Tribunal Judicial (SJC), em nome de sete casais entre pessoas do mesmo sexo, aos quais foram negadas licenças de casamento em março e abril do mesmo ano. Todos os casais comprovaram estar em relacionamentos de longo prazo com seus parceiros, inclusive quatro dos casais já possuíam filhos. Em decisão, no ano de 2003, o Tribunal decidiu que, em virtude da Constituição do Estado de Massachusetts prever a dignidade e igualdade de todos os indivíduos, não seria possível negar aos casais homossexuais aos mesmos direitos assegurados aos casais heterossexuais. Contudo, a Corte deixou em aberto a possibilidade da legislação estadual se manifestar especificamente sobre a possibilidade ou não de uniões civis homoafetivas.

afirma que houve reações sociais e institucionais, as quais, de acordo com Valle (2013), levaram à aprovação de leis em diversos estados norte-americanos negando direitos às uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Klarman, professor na Escola de Direito de Harvard, em conferência realizada no ano de 2011, anterior ao lançamento do livro “Do armário ao altar: Cortes, reação e a luta pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo” (*From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*), propõe uma discussão a respeito do tema do *backlash*. Na oportunidade, Klarman (2011) afirmou que muitas decisões judiciais sobre questões altamente carregadas podem produzir (a) uma resistência massiva, retardando a causa envolvida e, possivelmente, (b) maiores ou imprevisíveis efeitos sobre a política. De acordo com autor, um exemplo foi o casamento entre pessoas do mesmo sexo, quando, em 2003, a Suprema Corte do Estado de Massachussets (MA) decidiu que a união entre pessoas do mesmo sexo estava protegida sob a constância estadual. A reação, para Klarman (2011, p. 04), contudo, foi imediata, uma vez que “naquela época, apenas três estados haviam proibido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Hoje, esse número é de cerca de 30”.

Klarman (2011), assim, aponta cinco razões pelas quais as decisões da Corte algumas vezes têm esse efeito (*backlash*), oferecendo uma descrição do que acredita ter acontecido nos casos *Brown v. Board of Education* (1954) (segregação racial), *Miranda v. Arizona* (1966) (eleições presidenciais), *Furman v. Georgia* (1972) (pena de morte), *Roe v. Wade* (1973) (aborto) e *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) (casamento entre pessoas do mesmo sexo). Como primeira razão, o autor afirma que, na maioria dos casos em que se discutem questões como o aborto, pena de morte, etc., há posições de compromisso que podem atrair eleitores, embora a Suprema Corte não consiga alcançar essa posição. Como exemplo do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, no caso *Goodridge* a Corte afirma que a decisão não seria boa o suficiente para solucionar a questão.

Como segunda razão da existência do *backlash* à decisão judicial que reconheceu igualdade de direitos aos casais homossexuais, Klarman (2011, p. 07) afirma que não só a decisão da Corte produz resultados divergentes da opinião mediana, como também que ela muda a agenda dos beneficiários, “levando-os a pressionar por algo que de outra forma não teria sido sua principal prioridade”. Em conjunto, a terceira razão, relacionada à mudança de agenda, é de que as vitórias

obtidas junto à Corte, seja dos membros do movimento em favor da legalização do aborto, seja dos direitos aos casais homossexuais, encorajam os beneficiários a exigir a implementação da decisão. Com isso, muitas vezes, tais esforços criam mais retrocessos do que a decisão abstratamente proferida pela Corte.

Em sequência, o quarto fator que alimenta a reação à decisão judicial é a distribuição desigual geográfica/regional da opinião sobre os temas. Para Klarman (2011, p. 08), tais questões se “combinadas com os efeitos políticos do Federalismo norte-americano, tem um efeito cascata sobre a política de reação adversa”. Por fim, o autor enumera como quinta razão para ocorrência do *backlash* a intensidade díspar de preferência, ou seja, nas questões polêmicas debatidas, os adversários da decisão da Corte se importam mais com o resultado do que os próprios defensores/autores. Nesse sentido, o efeito *backlash* surge mais como um objeto de controvérsia pelos grupos de oposição do que um instrumento de ação para os que da decisão se beneficiaram.

De acordo com Siegel (2017), referente à questão homoafetiva, somente no caso *Obergefell v. Hodges* (2015) a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, de fato, direitos aos casais homossexuais. Pela decisão proferida em 2015, a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser proibida em nenhum estado norte-americano, ordenando a validade e a obrigatoriedade do reconhecimento em todos os estados e áreas sujeitas à jurisdição da Constituição dos Estados Unidos. Após a decisão, houve reação de diversos setores políticos norte-americanos, os quais persistiram aplicando leis estaduais que vedam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, além de estimularem à propositura e edição de emendas constitucionais que definam o casamento como a união apenas entre um homem e uma mulher.

Dessa forma, em 2015 houve um novo tipo de reação dos setores conservadores da arena política norte-americana. Nas palavras de Siegel (2017), tais setores tentam moldar o significado da decisão de *Obergefell v. Hodges* (2015), como ocorre, por exemplo, no caso de

Kim Davis, o funcionário do Kentucky que invocou a liberdade religiosa para se recusar a officiar em casamentos do mesmo sexo [...] com instrução de cidadãos e funcionários ao entendimento sobre quando respeitar ou resistir à autoridade judicial” (SIEGEL, 2017, p.7).

Ainda, referente às decisões da Suprema Corte norte-americana sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, o conflito surgido (diferente do consenso),

como *backlash* social e institucional, provoca uma discussão sobre a capacidade dos tribunais em defender os direitos das minorias. De acordo com Siegel (2017), os críticos argumentam que os julgamentos judiciais que encerram a política são contraproducentes e provocam um retrocesso que exacerba a polarização política. Dessa forma, é perceptível, pelos casos enumerados (segregação racial, interrupção voluntária da gravidez, casamento entre casais homossexuais), que a decisão da Suprema Corte norte-americana de proteção de direitos surge como uma das causas do *backlash* nos EUA, estimulando os cidadãos, a nova direita e políticos conservadores a resistirem às mudanças temporais, colocando em descrédito a intervenção das instituições judiciais nas questões políticas.

2.4.3 A literatura no Brasil a respeito do *backlash*: alguns apontamentos

No Brasil, a literatura a respeito do *backlash* ainda é tímida, concentrando-se os trabalhos nas temáticas de justiça de transição e controle de constitucionalidade, com poucos trabalhos direcionados à questão LGBT. De acordo com Kozicki (2015), o termo pode traduzir-se como reação, repercussão ou resposta contrária. Em sentido próximo,

dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizadas no âmbito do Poder Judiciário (KOZICKI, 2015, p.193-194).

Ao tratar do caso brasileiro, Kozicki (2015) entende o *backlash* como reação popular ou institucional às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Na pesquisa da autora, é analisada a reação contrária à decisão do STF na ADPF nº 153, a qual objetivou questionar a extensão da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79). Resumidamente, Kozicki sugere que houve

reações não institucionais e espontâneas: provavelmente uma das reações mais significativas seja a realização do chamado “escracho”. Por meio do escracho, busca-se denunciar os responsáveis pela prática de abusos e violências durante o regime militar [...]; alteração de nomes de ruas e/ou prédios públicos: vários nomes de ruas, praças e prédios públicos foram e ainda vão ser alterados, de maneira a contribuir para o restabelecimento da verdade histórica e impedir que agentes da ditadura sejam homenageados [...]; iniciativas legislativas visando à revisão da Lei de Anistia para excluir de sua abrangência os agentes públicos, civis e militares, que cometeram crimes comuns como tortura, sequestro e outros já referidos [...]; propositura, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, da ADPF nº 320/2014 [...]; propositura, pelo Ministério Público Federal, de ações penais

visando à responsabilização dos agentes da ditadura militar (KOZICKI, 2015, p.195).

Em correspondência a presente pesquisa, Coacci (2014), Pimentel (2017) e Cardinali (2017) analisam, por diferentes perspectivas, o STF com recorte ao julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 e eventuais desmembramentos e impactos dessa decisão. Para Pimentel (2017), muito embora o entendimento da Corte tenha agradado a uma parcela da população, desencadeou reações contrárias em diferentes espaços sociais. Como exemplo, cita o crescimento das vozes favoráveis ao Estatuto da Família (PL nº 6.583), ainda em trâmite no Congresso Nacional, e com apoio de certa parcela dos cidadãos.

De acordo com Cardinali (2017), no tocante ao *backlash*, foi verificado na pesquisa (dissertação de mestrado) que a questão envolve resistência ou o “revanchismo” em relação aos agentes institucionais que a adotaram. Contudo, alerta o autor que, para fins de definição do fenômeno, a literatura da área coloca-o entre um movimento transformativo e contramovimento conservador, em disputa de significados constitucionais. Assim, a dinâmica dessa reação está longe de ser produto exclusivo da judicialização, na medida em que, os movimentos têm uma preocupação muito maior com o teor das decisões políticas do que com agente decisório.

A partir da análise da expressão, dos antecedentes e dos casos paradigmáticos que fundamentam a existência do efeito *backlash*, nos capítulos seguintes a presente pesquisa abordará detalhadamente o julgamento, os votos proferidos e o contexto em que se deu o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº132, bem como os movimentos contrários dos parlamentares integrantes do Congresso Nacional após 2011, ano da decisão, inseridos no contexto social, político e judicial brasileiro.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO HOMOAFETIVA: O STF E O JULGAMENTO DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS ADI Nº 4.277/DF E ADPF Nº 132/RJ

O presente capítulo tem como objetivo específico analisar o fenômeno da judicialização da política com ênfase na decisão do Supremo Tribunal Federal, nas Ações de controle de constitucionalidade ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e os direitos a ela inerentes. Dessa forma, pretende-se destacar como o fenômeno chegou à última instância do Poder Judiciário, os votos e fundamentos dos ministros e os efeitos no contexto político e social do país.

3.1 ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ: compreensão, natureza das ações constitucionais e detalhamento do caso específico

De acordo com Taylor (2007), a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais, cada vez mais, tem sido contestada pelas evidências de seu papel político e o impacto que causam nas políticas públicas. O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem como função a proteção dos princípios e regras previstas na Constituição Federal de 1988. No que tocante à intervenção em questões políticas, uma das formas de atuação do STF é pelo controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, pelas vias difusa e concentrada.

O panorama retratado a partir da Constituição de 1988 solidificou o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, passando a permitir novos atores além dos tradicionais no processo constitucional. A exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e das entidades da sociedade civil, houve uma expansão no rol de legitimados a intervir no processo de controle judicial de constitucionalidade. Esse movimento institucional, para Avritzer e Marona (2014, p. 18), aponta na direção de uma situação de reequilíbrio entre os poderes e de reabertura dos canais de comunicação entre o Estado e a sociedade civil.

Especificamente quanto à via concentrada, conceitos abordados no capítulo anterior, apresentam-se, entre outras ações, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, previstas respectivamente

nas leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999. Para Nunes Júnior (2008), a ADI é a via mais utilizada para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil. Nessa ação constitucional, que pode ser ajuizada a qualquer tempo perante o Supremo Tribunal Federal por qualquer dos legitimados (art. 103, I a IX), o autor deverá contestar a lei ou o ato normativo em abstrato e, como resultado da procedência, a decisão terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeitos vinculantes em relação à Administração Pública e aos órgãos do Poder Judiciário (NUNES JÚNIOR, 2008).

A ADPF, por outro lado, ajuizada perante o Supremo, tem por objeto, segundo o art. 1º da Lei nº 9.882/99, evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (BRASIL, 1999b). A ação tem caráter subsidiário, ou seja, somente pode ser ajuizada quando não houver outro meio idôneo ou medida eficaz para sanar a lesividade. Assim, por essas vias constitucionais muitos assuntos políticos e sociais relevantes são levados à Corte para um pronunciamento final (ou inicial, depende da via de controle) do Poder Judiciário.

Nunes Júnior (2008) afirma que a judicialização da política e a intervenção judicial em questões políticas não significa, necessariamente, uma aristocracia judiciária, incompatível com o sistema representativo previsto na Constituição de 1988. O Judiciário, autorizado pela lei maior do Estado de Direito, só o faz quando é provocado por terceiros. Além disso, o fato de o ordenamento constitucional brasileiro permitir a revisão judicial dos atos e leis que majoritariamente são decididos pelo Legislativo, de acordo com Nunes Júnior (2008, p. 179), garante o exercício democrático do poder.

Na visão de Taylor (2007), uma Adin ou uma ADPF tem muito mais impacto e sobrevida do que uma decisão recorrível de juiz de primeira instância. Embora exista uma grande margem para mudar o *timing* do impacto judicial na implementação, seja acelerando uma decisão através de liminar, seja protelando o processo por meio de pedidos de vista, as ações constitucionais apresentam um resultado mais abrangente. Dessa forma, Taylor (2007, p. 424) afirma há uma capacidade considerável dos ministros do STF de controle do tempo e das consequências de determinado julgado, “seja sustentando políticas públicas que apoiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis”.

Da Ros e Taylor (2008) destacam que as ADI têm sido objeto analítico de interesse dos cientistas políticos especialmente por dois motivos, sendo o primeiro,

por permitirem que alguns atores políticos com legitimidade ativa “pulem” a sobrecarga processual dos tribunais inferiores e obtenham uma decisão judicial com efeitos gerais, imediatos e vinculantes. O segundo motivo seria de que as decisões nessas ações são irrecorríveis e tomadas com base em revisão abstrata de lei, ou seja, permitem que se conteste uma determinada lei sem ter de aguardar uma manifestação de seus efeitos práticos. Portanto, pelo ponto de vista político, Da Ros e Taylor (2008, p. 830) afirmam que essas ações oferecem um instrumento importante de contestação de políticas majoritárias, especialmente direcionado às minorias que não têm voz efetiva nas deliberações do Executivo e Legislativo.

Assim, partindo-se das razões acima, a questão do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos chegou, pela via de controle de constitucionalidade, por meio da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, à última instância do Poder Judiciário. De acordo com a ementa do julgado, seis pontos foram ficaram consignados.¹⁹ O primeiro denota o julgamento em conjunto de ambas as ações, nos seguintes termos:

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. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação (BRASIL, 2011a, p. 01).²⁰

De início, cumpre destacar que, ao serem propostas ações constitucionais que tenham coincidência total ou parcial de objetos, nos termos do art. 77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017), serão julgadas em conjunto.²¹ A ADPF nº 132/RJ e a ADI nº 4.277/DF, seguindo esse rito, foram julgadas conjuntamente pelos ministros do STF, uma vez que ambas objetivavam a

¹⁹ A ementa do julgamento da ADI nº 4.277/ADPF nº 132 está presente nos elementos pós-textuais do trabalho, como Anexo. Destaca-se que não foi juntado a presente dissertação o acórdão integral do julgamento (relatório, votos e debates) em razão do excessivo número de páginas - ao todo 270 páginas - e da disponibilização do documento online, conforme consta da lista de Referências da presente pesquisa (BRASIL, 2011).

²⁰ O acórdão do julgamento da ADI nº 4.277/ADPF nº 132 foi dividido em letras para melhor situar o leitor, sendo respectivamente ementa (BRASIL, 2011a), relatório/voto do ministro relator (BRASIL, 2011b) e votos dos ministros (BRASIL, 2011c; 2011d; 2011e; 2011f; 2011g; 2011h; 2011i; 2011j).

²¹ O Supremo Tribunal Federal possui um Regimento Interno que estabelece a composição e a competência dos órgãos do Tribunal, regulando o processo e o julgamento dos feitos que são atribuídos a ele pela Constituição Federal e disciplina dos serviços (BRASIL, 2017).

interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, de modo a ser aplicada, sem quaisquer exclusões, às uniões entre pessoas do mesmo sexo.²²

Em 27/02/2008, foi proposta ADPF nº 132, com pedido de liminar, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, onde se questionava o descumprimento resultante (i) dos incisos II e V do artigo 19 (direito de licença) e aos incisos I a X do artigo 33 (direito à previdência e assistência), ambos do Decreto-lei nº 200/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), uma vez que a interpretação implicava a redução de direitos a pessoas de preferência ou diversa orientação sexual; e (ii) de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do país, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos reconhecidos aos casais heterossexuais (BRASIL, 2011a).

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, proposta em 22/07/2009, foi originariamente autuada como ADPF nº 178 e conhecida pelo Ministro Gilmar Mendes como Ação Direta de Inconstitucionalidade. A ação foi proposta pela Vice-Procuradora-Geral da República, Débora Duprat, no exercício no cargo de Procurador-Geral da República, resumidos no Relatório (2011a, p. 08-09), com pedido ao STF de (a) “reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher” e de (b) “mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”. Assim, a alegação principal da Procuradora foi de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é extraída da própria Constituição Federal e dos princípios nela inseridos: dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações, liberdade e proteção à segurança jurídica.

Na ADI nº 4.277 foi requerida ainda liminar para dar validade às decisões administrativas que equipavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, como também a suspensão dos processos e dos efeitos das decisões judiciais em sentido oposto (2011a, p. 10). E no mérito da ação, postulou a

²² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente; § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável (BRASIL, 2002).

Procuradora-Geral a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas e, caso assim não entendesse o STF, requereu pelo recebimento da ação como Ação Direta de Inconstitucionalidade (o que ocorreu), com o mesmo fim resultante de não-proibição do regime jurídico da união estável heteroafetiva às uniões de traço homoafetivo.

Em continuidade, o ponto dois da ementa do julgado analisa o primeiro fundamento do reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas: a proibição da discriminação em razão do sexo. Citando o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal (promoção do bem de todos, sem preconceitos e formas de discriminação), entenderam os ministros do STF pela aplicação conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade. Nesses termos:

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea (BRASIL, 2011a, p. 01-02).

O terceiro e quarto pontos da ementa destacam a justificação do Plenário do STF para o conceito de família e de união estável. Consignou-se que a concepção de “família” não era restritiva e a expressão “entidade familiar” não encerraria apenas famílias compostas por casais heterossexuais. Contudo, à época da Assembleia Nacional Constituinte (1988), foi vetada a possibilidade de estender o conceito à união entre pessoas do mesmo sexo (o que será abordado oportunamente). Pelo documento, consta:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2011a, p. 02-04).

O quinto ponto da ementa ressaltou a divergência, a qual restou vencida, dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso a respeito do enquadramento da união entre casais do mesmo sexo às espécies de família previstas na Constituição. Para os ministros divergentes, a união homoafetiva seria uma nova forma de entidade familiar e caberia ao legislador (e não ao Judiciário) dispor sobre a matéria no âmbito de sua competência. O ponto seis, por fim, confirmou a possibilidade de extensão do conceito de família, pela aplicação da técnica de julgamento da “interpretação conforme”²³, nos seguintes termos:

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011a, p. 04-05).

Como destacado no Relatório do julgado (BRASIL, 2011b), prestaram informações a Presidência da República, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República. Todos esses, de acordo com Ministro Relator Ayres Britto, confirmaram as posições retratadas no documento quanto ao tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas. Além disso, de acordo com a íntegra da decisão, foram prestadas informações pelos Poderes Executivo, na pessoa do Governador, e Legislativo, pela

²³ A chamada técnica da “interpretação conforme” que veiculam as ações constitucionais tem como objetivo aplicar o mesmo entendimento dado à Constituição Federal ao ato ou lei contestada. Como exemplo da ADPF nº 132/RJ, foi proposta a ação em virtude da limitação dos conceitos de entidade familiar e união estável no Estatuto dos Servidores daquele Estado e das decisões administrativas e judiciais conflitantes a conceder ou negar benefícios aos servidores que possuíam uniões homoafetivas. Assim, foi pedido pelo autor da ação, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, o “descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável dos servidores heterossexuais” (BRASIL, 2011c).

Assembleia legislativa do Estado do Rio do Janeiro, bem como pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Quanto aos Tribunais de Justiça Estaduais, os que prestaram informações, destacaram suas posições majoritárias, sendo a favor da equiparação entre união estável heterossexual e união estável homoafetiva os do Estado do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná.²⁴ Contrariamente ao reconhecimento dos direitos aos casais homoafetivos, foram os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, Santa Catarina e Bahia, sendo acrescentado por esse último que não poderia conceder direitos não previstos em lei e que a ação em curso não violaria qualquer preceito fundamental (BRASIL, 2011b). Outros Tribunais, como do Tocantins, Sergipe, Pará e Roraima noticiaram a inexistência de processos com esse objeto, sem expressar qualquer posicionamento a respeito do tema.

Por fim, no Relatório, o Ministro Relator Ayres Britto destacou que houve o deferimento de 14 *amici curiae*²⁵ em virtude da complexidade do tema e da sua incomum relevância, sendo eles: Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBT; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; e a Associação Eduardo Banks (BRASIL, 2011b). Em maioria, as entidades posicionaram-se a favor das ações constitucionais propostas. Destacou o Relator (2011b, p. 13), por fim, dentre as várias razões invocadas, que a discriminação gera o “ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral

²⁴ O acórdão destacou que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando questionado a respeito da questão, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004 havia a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie (BRASIL, 2011b, p. 10).

²⁵ O chamado *amici curiae* ou *amicus curiae*, tradução literal de “amigo da corte”, é manifestação de órgãos ou entidades cuja cooperação possa contribuir ou auxiliar sobre determinado assunto de tema específico/técnico, complexo ou bastante controvertido. A previsão de tal intervenção é feita pela Lei nº 9.868/1999, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade, contudo, tem sido admitida a participação desses setores, quando cumpridos os requisitos legais, também na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (MASSON, 2015).

contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento”.

Em 2011, no momento do julgamento (05 de maio de 2011), o Supremo Tribunal Federal era composto de onze membros, sendo os seguintes ministros, por ordem alfabética: Ministro Ayres Britto (vice-presidente e relator dos processos), Ministra Cármen Lúcia, Ministro Celso de Mello, Ministro Cezar Peluso (presidente), Ministro Dias Toffoli, Ministra Ellen Gracie, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Luiz Fux, Ministro Marco Aurélio e Ministro Ricardo Lewandowski. De acordo com Camino e Moraes (2016, p. 652), o Ministro Dias Toffoli não participou da votação, vez que a Corte proclamou seu impedimento para julgar as ações em função de sua atuação anterior no processo quando figurava como Advogado-geral da União, participando do julgamento apenas dez ministros.

Outra questão a ser esclarecida é de que, por algum motivo de ordem técnica, o voto da Ministra Ellen Gracie não está inserido no acórdão publicado na íntegra. Assim, como destacam Camino e Moraes (2016, p. 653), em virtude dos pronunciamentos dos ministros serem transmitidos pelos meios de comunicação, as declarações da ministra – que não correspondem ao inteiro teor de seu voto, mas sinalizam seu conteúdo – não foram transcritas. Dessa forma, como resultado final, o Plenário do STF acordou em conhecer a ADPF nº 132/RJ como Ação Direta de Inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com ADI nº 4.277/DF e, por votação unânime, julgou procedente as ações, com sentido estender às uniões homoafetivas mesmas regras da união estável heteroafetiva, decisão com eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante aos órgãos judiciais e administrativos (BRASIL, 2011b).

3.2 Votos e argumentos políticos, jurídicos e sociais dos ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132.

Passa-se, na presente subseção, à descrição dos votos e dos fundamentos elencados pelos ministros do STF nas ações julgadas em conjunto ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, destacando-se os principais argumentados pertinentes à presente pesquisa. Primeiramente, o Ministro Ayres Britto, Relator no processo, analisou, de início, as questões preliminares e admissibilidade da ação proposta (ADPF nº 178/DF convertida em ADI nº 4.277/DF). Iniciou descrevendo o primeiro

pedido feito na ADPF nº 132, de aplicação da técnica da “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-lei nº 220/1975, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2011c).

Além disso, entendeu o Ministro Ayres Britto pela perda de objeto da ação quanto ao reconhecimento de direitos previdenciários aos casais homoafetivos, uma vez que já havia previsão na legislação fluminense que garantisse direitos dessa natureza (Lei estadual nº 5.034/2007). Como destaca, a ADPF foi proposta pela Procurador Geral- da República e a ADI pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Dessa forma, converteu a ADPF nº 132/RJ em ADI, recebendo em par com ADI nº 4.277/DF, mais abrangente que a primeira.

No voto do Ministro Ayres Britto foi destacado que o termo “homoafetividade” é utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, embora não fosse presente nos dicionários da língua portuguesa. O termo surgiu na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da Desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias. Buscando a definição no livro da autora, há explicação de que

há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado à doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’ que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para por fim ao repúdio ao amor entre iguais (Homoafetividade: um novo substantivo) (DIAS, 2006, p. 97).

Dessa forma, a partir do novo substantivo, os dicionários de língua portuguesa passaram a apresentar a tradução, como Dicionário Aurélio que trata “Homoafetividade”. Citando o verbete, o Ministro Relator (2011c, p. 05), traz os significados da expressão como “relação afetiva sexual entre pessoas do mesmo sexo”. Quanto ao termo “homoafetivo”, na semântica, diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo ou, quando “realizado entre as pessoas do mesmo sexo” chama-se “casamento homoafetivo”.

O Ministro destacou que a união homoafetiva, em sua terminologia, ainda que objetive a constituição de um novo núcleo doméstico, não deve apresentar um viés do propósito empresarial, econômico ou patrimonial, sem caracterização de mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Por outro lado, o Relator (2011c, p. 07) entendeu que a Constituição Federal de 1988, em seu inciso IV do art.

3º trata do vocábulo “sexo” como “conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”, a fim de diferenciar as duas espécies do gênero humano: masculina e feminina.²⁶ Destaca-se que o voto do ministro é bastante fundamentado e descreve, por várias vezes, o viés econômico e social da questão homoafetiva, como um tipo de constitucionalismo

fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais, como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados como “homoafetivos”. Isto de parêntese com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural (BRASIL, 2011c, p. 08).

No voto do Ministro Ayres Britto são citados dispositivos legais e resoluções ao redor do mundo que reconhecem à união homoafetiva os direitos inerentes às uniões heterossexuais. Elencando, ao fim, as razões da procedência das ações constitucionais, o Relator enxerga, pelo princípio da igualdade, o direito da mulher ao tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos ao tratamento igualitário aos heteroafetivos (BRASIL, 2011c). Por outro aspecto, pelo princípio da liberdade, a disposição da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, emanado também do princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea da Constituição Federal (inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60).²⁷

O Ministro analisou também o artigo 226 e seus parágrafos da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil, a fim de propor um enquadramento jurídico às uniões homoafetivas como entidade familiar, trazendo conceitos e noções a

²⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

²⁷ A Constituição Federal, nos incisos do parágrafo 4º do artigo 60 preveem que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir (I) a forma federativa de Estado, (II) o voto direto, secreto, universal e periódico, (III) a separação dos poderes e (IV) os direitos e garantias individuais. Assim, os incisos, chamados de “cláusulas pétreas”, são o núcleo imutável da Carta Constitucional, não pode ser objeto de qualquer modificação ou supressão, embora possam ter o alcance de sentido ampliado (MASSON, 2015, p. 126-127).

respeito do significado que do que o constituinte pretendeu por “família”.²⁸ Entendeu, assim, que a própria Constituição Federal não limitou o sentido, deixando o conceito aberto e a ser interpretado de forma não-reducionista. Ainda, os conceitos de “família” e “entidade familiar” não significam algo diverso, mas formas de constituição de um núcleo doméstico, seja ele formado por dois pais, heterossexuais ou homoafetivos, seja por um deles (monoparental), seja por qualquer outro membro da família ou por adoção (BRASIL, 2011c).

De acordo com Bahia e Vechiatti (2013, p. 75-76), três questões de extrema relevância podem ser extraídas do voto do Ministro Relator: (a) a capacidade procriativa não ser elemento diferenciador entre famílias conjugais; (b) as fundamentações religiosas serem irrelevantes por força do princípio da laicidade estatal; e (c) o voluntarismo majoritário também não ser invocado como fundamento para discriminar as uniões homoafetivas. Nesse entendimento, o Ministro decidiu por parcialmente prejudicada a ADPF nº 132/RJ (referente à questão dos direitos previdenciários, já enquadrados pela lei estadual fluminense) e pela procedência das duas ações ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF. Assim, consta do voto o entendimento de

dar ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011c, p. 32).

Após o Ministro Ayres Britto, o primeiro a votar na sessão de julgamento foi o Ministro Luiz Fux, acompanhando o voto do Ministro Relator. Como destaque, ressaltou as premissas invocadas pelos proponentes da ação, o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Procuradora-Geral da República, e as manifestações

²⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; § 1º O casamento é civil e gratuita 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 (BRASIL, 1988).

dos *amici curiae*. Dentre as passagens relevantes da audiência pública, o Ministro Fux (2011d, p. 08-09) destacou que a homossexualidade “é um fato da vida”; que deve ser entendida como “*orientação* e não uma *opção* sexual”; que “não é uma ideologia ou uma crença”, além de que “os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradoras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”; entendendo, ao fim, que não há haveria qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na instituição de uniões homoafetivas.

No tocante à presente pesquisa (e as relações estabelecidas com a judicialização da política), destaca-se que o Ministro Fux, em seu voto, afirmou que em casos que envolvam direitos de minorias, incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, guardando direitos fundamentais previstos na Constituição Federal em face da ação da maioria ou, como no caso em questão, por imposição de ação ao Poder Público na promoção desses direitos (BRASIL, 2011d). Pelo que se percebe, os integrantes do Plenário do Supremo estavam cientes da relevância e dos desmembramentos que a eventual decisão de procedência das ações, em controle de constitucionalidade, poderia causar no país. Para Ministro Fux,

canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar o aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar pública e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um, ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer das suas formas (BRASIL, 2011d, p. 10).

Dessa forma, de algumas das considerações feitas pelo Ministro Fux (e de outros ministros a serem expostas a seguir), a própria Corte Constitucional percebeu a tarefa que lhes foi outorgada. A decisão de reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, além do impacto social e jurídico, seria uma forma de judicialização de uma questão política, polêmica e divergente, vez que apresentava (e apresenta) resistência nos âmbitos dos poderes Executivo e Legislativo. Contudo, embora o destaque do Ministro (BRASIL, 2011d), não se trata de entender o Judiciário como primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais, mas colocá-lo como uma, dentre outras ferramentas institucionais, oferecidas pela estrutura política brasileira, a garantia de direitos aos homossexuais.

Ainda, dos argumentos elencados pelo Ministro Fux (2011d, p. 14), destaca-se o fundamento de que, se ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se poderia considerar apenas a primeira como entidade familiar. Assim, a união homoafetiva está incluída no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos. Em outro momento da decisão, o Ministro cita a autora norte-americana Nancy Fraser (2010), ao tratar de reconhecimento e participação, invocando no julgado a política do reconhecimento:

É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norte-americana NANCY FRASER (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e direitos Humanos. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167) denomina “política do reconhecimento”, em que “[...] o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito” [...] A percepção é correta. Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário (BRASIL, 2011d, p.17-18).

Outro argumento interessante no voto do Ministro Fux (2011, p. 21) é o que destaca que alguns órgãos do Executivo, antes da apreciação da questão pelo Judiciário, regulamentaram direitos a serem reconhecidos aos casais homoafetivos. Como exemplo, a Portaria nº 513/2010 do Ministério da Previdência Social (abrangência de união estável entre pessoas do mesmo sexo no que se refere a dependentes para fins previdenciários) e o Parecer nº 1.503/2010 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (inclusão de companheiro homoafetivo como dependente para efeito de dedução de Imposto de Renda). Como destacam Bahia e Vecchiatti (2013), na ADPF nº 132/ADI nº 4.277, o STF não inovou ao decidir favoravelmente ao reconhecimento dessas uniões, pois

era algo já reconhecido em alguns Tribunais já há mais de 10 anos, ou seja, o reconhecimento de direitos previdenciários e de inclusão em planos de saúde de casais homoafetivos já não era algo desconhecido dos Tribunais. Contudo, o reconhecimento da união estável homoafetiva por analogia ao disposto no Código Civil dividia opiniões; apesar de haver várias decisões favoráveis (principalmente no TJRS), em outros Tribunais havia um bom número de decisões em contrário. O fundamento que esses Tribunais ainda possuíam para não reconhecer a união homoafetiva como “união estável” (sem restrições de direitos) não estava na Constituição (nem em outras normas) (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 67).

O terceiro Ministro a votar na sessão de julgamento foi Ricardo Lewandowski, o qual, conjuntamente com os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, divergiu do

Relator por entender que seria impossível enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Estabelecida divergência, entendeu o Ministro (BRASIL, 2011e) que a união entre parceiros do mesmo sexo seria uma nova entidade familiar. Por essa razão, matéria estaria aberta à deliberação legislativa, não sendo o STF competente para avançar nesse ponto.

O argumento levantado pelo Ministro Lewandowski vai ao encontro ao que muitos cientistas políticos criticam sobre a judicialização da política e transferência de legitimidade institucional. Para Avritzer (2013), a judicialização não é um fenômeno surgido do Judiciário, mas para o Judiciário e tem como origem o abuso na utilização de ADIs, principalmente pelos partidos políticos. Dessa forma, para o autor, a dimensão mais problemática desse processo de intervenção judicial nas questões políticas

tem provocado uma perda forte de prerrogativas por parte do Congresso Nacional. Questões que, em princípio, seriam tipicamente da alçada do Legislativo, tais como a reforma política, em especial o problema da cláusula de barreira e da disciplina partidária, ou até mesmo questões procedimentais internas ao Congresso Nacional, têm sido decididas pelo Supremo. Em todas essas questões, o Supremo Tribunal Federal tomou decisões que podem, eventualmente, gerar um desequilíbrio na estrutura de equilíbrio de poderes no Brasil (AVRITZER, 2013, p. 218-219).

O Ministro Lewandowski destacou em seu voto que, à época da propositura da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), houve discussão na Assembleia Constituinte sobre o tema da inclusão das uniões homoafetivas no artigo referente à família (parágrafo 3º do artigo 226). Contudo, acabaram os constituintes entendendo que a união estável abrangeria, única e exclusivamente, aquele entre pessoas de sexo distinto. Assim, fundamentou o Ministro que

no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento [...]. Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis à situação sob análise (BRASIL, 2011e, p. 06).

Ao fim do voto, embora a interpretação diversa do Ministro Relator, o Ministro Lewandowski decidiu por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar,

aplicando a ela as regras que o instituto dá à união estável heterossexual (BRASIL, 2011e). Contudo, advertiu que a equiparação dos direitos seria apenas nos aspectos que são semelhantes, sendo descartadas as disposições próprias da relação entre pessoas do sexo distinto. Assim, reiterou o Ministro a necessidade de previsão legal específica sobre casamento entre homossexuais.

A Ministra Cármen Lúcia foi a quarta integrante do STF a manifestar seu entendimento sobre o tema. Antecipando seu voto na sessão de julgamento, acabou por acompanhar o Ministro Relator. Sustentou a Ministra (2011f, p. 10), em poucas páginas, as razões em reconhecer admissível a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a garantia dos mesmos direitos e deveres que possuem as uniões heterossexuais.

Em sequência, votou o Ministro, à época, Joaquim Barbosa (2011g, p. 01) ressaltando que o STF estava diante de uma situação que demonstrava o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito, uma vez que o último não acompanhou as grandes mudanças da sociedade em escala global. Nesse contexto, destacou o Ministro um atraso legislativo no Brasil, tendo em vista a importância do tema e inércia congressual, pois, embora houvesse projetos de lei, como o de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, a pauta do Congresso Nacional sobre o tema estava estacionada. Assim, sem maiores destaques na argumentação para presente pesquisa, o Ministro Barbosa entendeu que o reconhecimento da união homoafetiva, apesar da inexistência de previsão no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, está presente em todos os dispositivos da Carta Constituinte, ao estabelecer proteção a direitos fundamentais e nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação (BRASIL, 2011g).

O Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011h), sexto na ordem de votação, iniciou suas considerações ressaltando que se, de alguma forma, o sistema (institucional) falha na composição de respostas e o Judiciário é chamado a substituir o próprio sistema político, a resposta a ser dada por esse Poder deverá ser positiva. Avançando nas considerações, destacou importância do tema e a inércia do Executivo sobre essa pauta. Assim, no cenário brasileiro, para

aqueles que acompanharam as eleições nacionais viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidente Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade (BRASIL, 2011h, p. 03).

Embora a crítica ao Poder Executivo, o Ministro Gilmar Mendes apontou que o Congresso Nacional talvez tivesse também a dificuldade de deliberar sobre o tema. Diante do número elevado de proposições legislativas, desde propostas de Emenda Constitucional até legislação infraconstitucional, todas sem deliberação final, havia a questão posta em debate. Para o Ministro,

não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar (BRASIL, 2011h, p. 03).

Cabe destacar que, durante o voto do Ministro Gilmar Mendes, em virtude da alegação de que a Constituição não poderia ser “colmatada”, manifestou-se o Ministro Relator. Mediante do pedido de intervenção, o Ministro Ayres Britto (2011h, p. 19) afirmou que não houve preenchimento de lacuna constitucional em seu voto ou possibilidade de “colmatação”. Assim, o argumento exposto tratava-se de um tipo de interpretação que superava a literalidade, limitando-se a apontar que a própria Constituição conteria elementos interpretativos e que possibilitam o julgamento extensivo pelo STF na conclusão pela paridade de situações jurídicas.

Embora o voto do Ministro Gilmar Mendes (2011h, p. 16) apresente um caráter fortemente jurídico e formalista, amparado na estrita legalidade constitucional, o entendimento por ele esplanado deixa clara a preocupação de que a chamada técnica da “interpretação conforme” à Constituição pudesse ser usada deliberadamente em outros casos pela Corte. Assim, afirmou em vários momentos, que o único argumento forte a justificar (e amparar as ações pretendidas) seria o fato de que o dispositivo do Código Civil (união estável entre homem e mulher) estivesse sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, estariam os ministros do STF a fazer um tipo de interpretação muito extravagante do sentido dado pela Constituição.

Ainda, importante referência no voto do Ministro Gilmar Mendes (2011h, p. 20) foi digressão histórica dos projetos em prol do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos e o trancamento de pauta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Um dos primeiros projetos de regulamentação das uniões homoafetivas foi de autoria da deputada à época Marta Suplicy (PT-SP), sob o título

de Projeto de Lei nº 1.151/1995. Naquele momento, foi apresentado substitutivo global ao projeto, pelo então Depurado Roberto Jefferson (PTB-RJ), a transformar a união em contrato de parceria civil e a proibição de qualquer disposição a respeito da adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes. Ao fim, em virtude dos ataques na Câmara dos Deputados, por acordo entre líderes partidários, foi retirado de pauta em maio de 2001 e posteriormente arquivado²⁹.

Como descreveu o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, em 1995, também à época deputada e hoje Senadora Marta Suplicy (MDB-SP) apresentou Proposta de Emenda à Constituição nº 139/1995, a fim de acrescentar proibição à discriminação por orientação sexual, diferenciação salarial ou critério de admissão. A proposta, embora arquivada em 1999, teve os mesmos dispositivos apresentados na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 66/2003. Essa última, arquivada em 2011, foi desarquivada por requerimento do Deputado Paulo Pimenta (PT-RS), tramitando até momento no Congresso Nacional³⁰.

Assim, para presente pesquisa, as referências apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes reforçam o argumento do STF como uma última instância aos anseios sociais, em especial na questão LGBT. O Ministro (2011h, p. 22) mencionou diversas proposições legislativas que objetivam o reconhecimento aos direitos homoafetivos e que não obtiveram sucesso na tramitação legislativa congressual, como a PEC nº 70/2003, PL nº 2.383/2003, PL nº 6.297/2005, PL nº 2.285/2007, PL nº 674/2007, PL nº 4.912/2009 e o Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 122/2006

²⁹ Embora arquivado o projeto de lei, a ex-deputada e então Senadora Marta Suplicy (MDB-SP) propôs em 2011, Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 612/2011, que altera a redação do art. 1.723 do Código Civil para reconhecer como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; altera a redação do art. 1.726 da referida Lei para prever que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração, produzindo efeitos a partir da data do registro do casamento (SENADO FEDERAL, 2011). Contudo, até o momento, em virtude da ampla oposição de partidos políticos, a votação tem sofrido inúmeras emendas e está com a votação adiada desde 2017.

³⁰ A Proposta de Emenda à Constituição nº 392/2005 é, na verdade, a de autoria do Deputado Paulo Pimenta (PT/RS) e estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a inexistência de preconceito em relação ao estado civil, orientação sexual, crença religiosa e deficiência e proíbe, também, a diferença salarial e a utilização desses critérios para admissão no emprego (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005). A PEC nº 392/2005 foi apensada à PEC nº 66/2003, essa de autoria da Deputada Maria do Rosário (PT/RS), que proíbe a diferença de salários e de exercício de função e de critério de admissão por motivo de discriminação por orientação e expressão sexual, etnia, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003). Assim, ambas as propostas, arquivadas em 2011 (pelo fim da legislatura), foram desarquivadas em 2015, aguardando, até o momento, apreciação pela Câmara dos Deputados.

(criminalização da homofobia). Assim, em seu voto, concluiu que, apesar de o Poder Legislativo discutir o tema há mais de 15 anos, não consegue chegar ao consenso para a aprovação de qualquer regulamentação, o que leva, portanto, a busca de soluções no Poder Judiciário.

Nesse ponto, Bahia e Vechiatti (2013) afirmam que as reivindicações do movimento LGBT sempre estiveram submetidas (direta ou indiretamente) à inércia legislativa. Há vários anos tramitam projetos de lei com objetivo de reconhecimento de direitos, os quais, no entanto, vêm sendo, sistematicamente, arquivados ou arrastados por virtude de recursos ou pedidos de vista por parte dos parlamentares. Indo ao encontro do que destacou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, para os autores,

essas discussões vêm, pelo menos, desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, na qual se discutiu a permanência ou não da expressão “orientação sexual” entre as formas de discriminação proibidas (do que viria a ser o inciso IV do art. 3º da Constituição). Sobre Projetos de Emendas à Constituição e Projetos de Lei, podem ser citados: a) PEC n. 139/95, n. 392/2005 e n. 66/2003, para (re)introduzir ao inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual”; b) PL n. 4.242/94, n. 3.770/2000, n. 5/2003 e 5.003/2001, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no atual PLC n. 122/2006, c) destaque especial para o PL. n. 1.151/95, cujo substitutivo visa regular a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo (BAHIA; VECHIATTI, 2013, p. 72).

Além disso, o Ministro (2011h, p. 168) afirma que ao se falar (e apreciar a matéria) de direito das minorias, direitos fundamentais básicos, não há ativismo judicial, mas “cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional”. Indo mais além, Gilmar Mendes pontua que, embora careça o Legislativo de um consenso para solucionar a questão, o Executivo, em algumas oportunidades, normatizou a questão do reconhecimento de direitos homoafetivos, como na Instrução Normativa nº 25/2000 (concessão de benefícios previdenciários) e na Portaria nº 153/2010 (dependentes para fins previdenciários) do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS); na Súmula Normativa nº 12/2010 (beneficiário de plano privado de assistência à saúde) da Agência Nacional de Saúde (ANS); no Parecer nº 1.503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (inclusão de dependentes para efeitos fiscais); e na Resolução Normativa nº 77/2008 (concessão de visto) do Conselho Nacional da Imigração (CNI).

Importante destacar que o voto do Ministro Gilmar Mendes sustentou-se na defesa de um Judiciário cidadão, uma vez que, no caso do reconhecimento de

direitos aos casais homoafetivos, diante da inércia legislativa, havia o dever de proteção de direitos fundamentais básicos, como os das minorias. Com isso, a atuação do STF foi justificada pela iminente necessidade de um pronunciamento sobre a questão, embora reconheça o Ministro que a matéria deva ser regulada por norma editada pelo Congresso Nacional. Assim, mesmo divergindo do fundamento do voto do Ministro Relator - reconhecimento de direitos com base na equiparação entre uniões homossexuais e heterossexuais -, Gilmar Mendes votou pela procedência das ações constitucionais, acrescentando,

conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria. Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados (BRASIL, 2011h, p. 55).

Passando para análise do voto do Ministro Marco Aurélio, tem-se como destaque no julgado os reveladores índices de homicídios decorrentes da homofobia. O Brasil, à época (2011), era o primeiro lugar dentre os países com mais de cem homicídios anuais, onde a única causa era o fato da vítima ser homossexual. Embora o índice alarmante, o Ministro (2011i, p. 02) destacou que a atuação legislativa ainda é inerte em criminalizar tal prática.

Adiante, fundamentou o Ministro (2011i, p. 14), rebatendo os votos que divergiram do Relator (impossibilidade da equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis), pois “o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica”. Traduzindo-se, entendeu o Ministro que a extensão do regime jurídico pode ser aplicado pelo julgador utilizando-se da incidência de princípios previstos na Constituição. Assim, plenamente aceitável a equiparação das uniões por uma questão de garantia dos princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade, da segurança jurídica e da busca da felicidade.

No tocante à presente pesquisa e os contornos da judicialização e da intervenção judicial em questões políticas, no voto foi destacada a função contramajoritária do STF. Para o Ministro Marco Aurélio (2011i, p. 23), essa função está presente no relevante papel que incumbe ao Supremo desempenhar como um “órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias

contra eventuais excessos da maioria, ou, ainda contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado”. Dessa forma, caberia à última instância do Judiciário a proteção daqueles que são vítimas do preconceito e da discriminação.

Pelo que demonstrou o Ministro em seu voto, o Poder Legislativo, influenciado pelos valores e sentimentos que prevalecem na sociedade brasileira, tem se mostrado inerte quanto ao tratamento da questão da união estável homoafetiva e sua equiparação à entidade familiar. Assim, apesar do princípio majoritário desempenhar papel importante no processo decisório, o Ministro Marco Aurélio (2011i, 25) ressaltou que não poderia legitimar, na perspectiva de uma concepção material da democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais. Do contrário, afirmou o Ministro, haveria a descaracterização da própria essência do Estado democrático de direito.

Outro relevante destaque na argumentação do voto, antes de declaração de procedência das ações, refere-se ao ativismo judicial. Para Ministro Marco Aurélio (2011i, p. 46) as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional”, reforçadas pela omissão ou retardo excessivo do Poder Público no cumprimento das obrigações. Dessa forma, o STF, ao suprir e resolver questões ligadas às omissões constitucionais, tem o dever de atuar ativamente e, por missão, proteger os direitos assegurados na Constituição Federal.

O último na ordem de votação foi o Ministro Cezar Peluso, investido à época no cargo de Presidência do STF. Em voto sucinto, conjuntamente com os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, divergiu da fundamentação do Ministro Relator, entendendo que, por existir uma lacuna normativa e necessidade de preenchimento, tal função é delegada ao Poder Legislativo e não à interpretação pelo Judiciário. Nesse sentido, embora tenha votado pela procedência das ações constitucionais, para o Ministro (2011j, p. 03-04), a partir do julgamento da questão do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, haveria a convocação “em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação”.

3.3 Desmembramentos da decisão do STF e o impacto nos contextos judicial e social brasileiros

Com a decisão de procedência da ADI nº 4.277/ADPF nº 132 acima descrita, o Supremo Tribunal Federal legitimou o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Com o julgamento, o Código Civil brasileiro passou a ser interpretado conforme a Constituição Federal, ampliando a proteção estatal das uniões estáveis de casais heterossexuais aos homossexuais. Assim, a toda união entre duas pessoas do mesmo sexo, desde que comprovados os requisitos caracterizados da união estável, serão reconhecidos os direitos garantidos pela legislação brasileira.

O tema de tamanha relevância política e social, como já descrito, necessitou ser judicializado e levado a última instância do Poder Judiciário, em virtude da inércia legislativa e da delegação (voluntária) do Congresso Nacional da resolução da questão, como manifestaram alguns ministros do STF em seus votos. De acordo com Koerner (2013), os legisladores delegam poderes às cortes por várias razões: (i) por serem questões complexas, que só podem ser decididas caso a caso; (ii) para ampliar a supervisão judicial sobre a administração pública (interesse dos partidos de oposição); (iii) para evitar impasse, se a regra for detalhada; ou (iv) para evitar custos da decisão, dada a divisão no eleitorado ou entre grupos de interesses altamente organizado. Já o Presidente da República o faz para priorizar a sua agenda, mantendo a coalização política e se protegendo dos ataques da oposição e de outros atores; enquanto o Judiciário

reage de modos diversos aos incentivos, pois tem suas lógicas próprias de ação, agendas substantivas e prioridades. Ao se colocarem novas questões à Corte, suas decisões passam a ter impacto maior, a mobilidade amplia suas bases de apoio político e tendem a diminuir os riscos e represálias [...]. Decisões judiciais podem gerar estratégias de resistência e contramobilização (KORNER, 2013, p. 78-79).

Na presente pesquisa, após o julgamento do STF referente à questão do reconhecimento de direitos homoafetivos, embora o efeito vinculante, foi necessária regulamentação administrativa a fim de que a decisão fosse implementada pelos outros Poderes e órgãos a serviço do Estado. No dia 14 de maio de 2013, Conselho Nacional de Justiça expediu Resolução nº 175/2013 dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Tendo por base as decisões na ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, o dispositivo vedou à recusa pelas autoridades competentes à celebração do casamento ou união estável homoafetivas, sob pena de comunicação ao juiz corregedor para providências cabíveis pelo descumprimento.

O CNJ, apesar de natureza de instituição pública de controle e transparência judicial, a partir da chamada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº45/2004)³¹, passou a integrar o Judiciário na Constituição Federal, funcionando como orientação aos funcionários e autoridades ligadas ao Poder. Nesse sentido, em recente regulamentação (29 de junho de 2018), o Conselho, por meio do Provimento nº 73/2018 regulamentou a alteração do prenome e gênero nos registros de casamento e nascimento de pessoas transgênero (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). A matéria, contudo, já havia sido apreciada e o direito assegurado pelo STF na ADI nº 4.275/DF, ao reconhecer a possibilidade de transgêneros alterarem o registro civil sem mudança de sexo ou mesmo de autorização judicial.

Desse contexto, percebe-se as decisões do STF, em especial as que versam temas de grande impacto político e social, necessitam de um “reforço” do CNJ para que os membros do Judiciário se sintam impelidos a seguirem a orientação. Koerner, Baratto e Inatomi (2007, p. 82) afirmam que a Corte, no exercício da jurisdição em questões constitucionais, tem o papel de retroalimentar o debate público e dar legitimidade e voz aos novos atores sociais e políticos, no sentido, inclusive, da igualdade de participação política. Assim, o reconhecimento constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo, para os autores, foi um exemplo da titularização política à comunidade LGBT, por meio do reconhecimento de cidadania plena e direito de participação em igualdade no debate público.

Os desdobramentos da decisão do STF no reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas, em síntese, parece ter produzido repercussões positivas nas arenas judicial, social e das políticas públicas. Sobre a ampliação do debate público após decisões paradigmáticas, Cardinali (2017, p. 197) destaca que impactos

³¹ De acordo com o artigo 92 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), são órgãos do Poder Judiciário: Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016); III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

produzidos podem ser colocados sob duas perspectivas diferentes. A primeira em razão do tratamento e da dinâmica debatida no tribunal; a segunda em razão da carga valorativa desses temas, os quais são moralmente controvertidos.

Barbosa et al. (2016) também apontam que o ativismo judicial do STF - caso se entenda que os ministros foram além do que continham os dispositivos não principiológicos – tenha sua face positiva. No caso da ADI nº 4.277/ADPF nº 132, alguns autores acreditam que houve, na verdade, a garantia de direitos por criação jurisprudencial, uma vez que Constituição não autoriza expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, embora a constatação lógica, não se viu por parte de entidades defensoras de direitos homossexuais qualquer reclamação sobre ativismo judicial do STF como algo negativo.

Quanto ao debate (moral e culturalmente) controvertido, ressalta-se que as posições divergentes ao reconhecimento dos direitos homoafetivos ocorrem tanto no Brasil, como no restante dos países do globo. Como destacou o Ministro Ayres Britto no voto (BRASIL, 2011c), de um lado, há países como Holanda, Bélgica e Portugal que reconheceram facilmente direitos aos cidadãos homossexuais. Contudo, há regiões que, ainda no século XXI, encaram homossexualidade como um crime, punindo-a com pena de morte, como Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen.

Assim, no Brasil, a questão é tão controvertida que está pauta no Congresso Nacional desde 1995, por meio de proposições que objetivam reconhecer direitos à comunidade LGBT. O reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, no âmbito do direito de família e sucessório chegou à instância máxima do poder Judiciário, o STF, apenas em 2008, levando três anos para um desfecho. Por óbvio, alguns fatores indiretos auxiliaram com que a temática chegasse ao Supremo, por meio das ações constitucionais, e obtivesse uma posição favorável aos direitos das minorias.

Um dos fatores, de acordo com Koerner (2013), foram as eleições presidenciais de 2002, resultando um realinhamento partidário, com a alteração da coalização no governo. Para contornar as dificuldades e reforçar apoios, o governo Lula (2003-2011) incentivou mudanças pela via judicial, buscando o apoio de juristas progressistas e entidades de profissões jurídicas. Dessa forma, Koerner (2013, p. 81-82) afirma que, além da aproximação entre Executivo e elites jurídicas – contributivo para reforma do Judiciário (EC nº45/2004) – houve uma modificação de posicionamento do STF quando buscou uma composição mais plural e engajada à

concretização da Constituição, em especial, nas questões de gênero, etnia e movimentos sociais.

Além disso, depois do ano de 2003, houve importante renovação do Supremo Tribunal Federal, dada a aposentadoria de vários ministros. Como destaca Koerner (2013, p. 82), “os incentivos externos encontravam renovação interna para facilitar uma nova orientação jurisprudencial”. Ao mesmo tempo, enquanto houve um alinhamento entre Executivo e Legislativo, iniciou-se um processo de acionamento da corte por partidos de oposição e grupos de interesse (DA ROS; TAYLOR, 2008).

É inegável o uso das ações constitucionais e, por conseguinte, o acionamento das instituições judiciais pelos atores políticos. Contudo, da mesma forma que a judicialização de conflitos políticos apresentem-se como um entrave à governabilidade do Executivo ou ao andamento de proposições legislativas no Congresso Nacional, muitos temas sociais relevantes, somente foram enfrentados e debatidos ao chegarem, pela via do controle constitucional, à última instância do poder Judiciário. Como já destacado, a questão do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos enfrentava (e enfrenta hoje) resistência e oposição dos setores mais conservadores da arena política brasileira.

Nesse sentido, Taylor (2007) afirma que o sistema é altamente majoritário quando se trata do processo de deliberação de políticas públicas, contudo, tende à forma consensual durante o processo de implementação de políticas. Dessa forma, o Judiciário, juntamente com os governadores, prefeitos e burocracias estatais, desempenha um papel extremamente relevante para explicar essa dualidade. Para Taylor (2007, p. 234) “os tribunais conseguem, de alguma forma, ampliar o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas”, mesmo depois da aprovação por ampla maioria no Congresso Nacional.

Em relação à questão específica dos direitos homoafetivos, no momento em que foi apreciada, em 2011, o Supremo Tribunal Federal possuía uma composição diversa daquela de 2003. Como destaca Koener, Baratto e Inatomi (2013, p.06), as características das decisões e dos métodos de trabalho adotados pelos ministros do STF apresentam relevantes desafios para o tratamento empírico de suas decisões. Assim, embora a presente pesquisa não se detenha à análise do perfil dos magistrados e o posicionamento de cada ministro, a unanimidade da Corte no reconhecimento de direitos homoafetivos, é um dado importante a se considerar.

Além disso, alguns ministros, como Gilmar Mendes e Marco Aurélio, deixaram explícito em seu voto a necessidade da análise pelo Legislativo da questão dos direitos homoafetivos, uma vez que são trancadas as pautas sobre o assunto no Congresso Nacional. O Ministro Gilmar Mendes (2011h, p. 158) destacou os dados do Censo de 2010, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelando que no Brasil havia 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais declarados (no ano da decisão). O número é pouco expressivo para o Ministro, pois não refletiria a realidade em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional e da autoproteção de muitos homossexuais que ainda vivem na clandestinidade.

Alguns autores, como Carvalho Filho (2014, p. 177), entendem que a judicialização de questões políticas e sociais relevantes, como o caso da união homoafetiva e do aborto de fetos anencéfalos, indicam um caminho de supremacia da lei para realidade da primazia da jurisdição constitucional, ou mais especificamente, do Poder Judiciário como “superego da sociedade”. Dessa forma, haveria um modelo intermediário, onde os poderes públicos sejam exercidos de forma harmônica e interdependente e as instituições judiciais orientadas pelo princípio da autocontenção em questões políticas.

É consenso que a decisão significou uma grande conquista para os casais homossexuais, estabelecendo importante marco institucional da questão. Porém, deve-se ter em conta que a decisão do STF, mesmo com caráter de proteção normativa jurisprudencial com efeito vinculante a todos os poderes e estruturas administrativas, não traz as mesmas conquistas que seriam alcançadas se uma lei fosse promulgada. Talvez por essa razão, para Camino e Moraes (2016, p. 650) “o fato de o STF ter impetrado certa proteção jurídica e de o CNJ vedar determinadas omissões não significa, como já dito, que existe um consenso social”.

Para os autores, a decisão tomada pelo STF representa também uma mudança valorativa que traz novas construções discursivas, propiciando avanços na efetivação dos direitos das minorias sexuais. Ao mesmo tempo, projetos de lei, de decretos e de emendas à Constituição são colocados em pauta questionando ou invertendo o sentido da decisão. Dessa forma, é evidente que outras instituições e segmentos sociais, como bancada evangélica do Poder Legislativo, reiterem discursos que promovem a patologização da homossexualidade ou que sirvam de

justificativa para promoção da desigualdade através do aparato da sexualidade (CAMINO; MORAES, 2016).

Por fim, embora a processo de judicialização possa revelar conflito entre as instituições representativas e judiciais - o que é comum em Estados democráticos com tripartição de poderes - é evidente que o Brasil começou a seguir um caminho de ampliação de direitos por meio das decisões judiciais, como ocorrido nas questões dos direitos dos povos indígenas, ações afirmativas e, especificamente, da união homoafetiva (AVRITZER; MARONA, 2014). No entanto, o processo de judicialização também implicou na apropriação de fortes prerrogativas do Congresso Nacional, como as ações que definiram regras eleitorais importantes (cláusula de barreira, a fidelidade partidária e regras da competição eleitoral). Dessa forma, para Avritzer e Marona (2014, p. 20) “algumas dessas ações ajudaram a organizar o sistema político ao passo que outras contribuíram para a continuidade da sua desorganização”.

Embora essa dualidade do processo da judicialização de temas políticos, no caso do reconhecimento dos direitos às uniões homoafetivas, a decisão do STF, como afirmam Bahia e Vecchiatti (2013, p. 66), foi “necessária e oportuna, ainda que não, necessariamente, fosse a melhor alternativa (pelo fato de ter vindo do Judiciário e não do Legislativo)”. Como já observado, a intervenção judicial tem sido um último recurso, em determinadas situações, para solucionar questões divergentes e estacionadas na agenda do Executivo e do Legislativo brasileiros. Como destacou o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, o projeto de lei da ex-deputada e hoje Senadora Marta Suplicy (MDB-SP), iniciado em 1994, atualmente sob a forma de Projeto de Lei do Senado nº 612, aguarda deliberação desde o ano de 2011.

Cumprir destacar aqui que a análise dos votos dos ministros, na ADI nº 4.277/ADPF nº 132 foi meramente descritiva, limitando-se a pesquisa a destacar os pontos relevantes, que demonstrem o fenômeno da judicialização e a preocupação dos magistrados com eventual reação legislativa. Koerner (2013, p. 10-11) destaca que não é possível afastar todas complexidades de uma decisão do STF e se adotar “uma abordagem que, por convenção, associe os votos dos Ministros a suas preferências estáveis em relação a certas políticas”. Dessa forma, e como se pode perceber dos votos, é comum que os próprios Ministros, mesmo na condição de relatores dos processos, acabem votando em sentido diverso de uma posição anteriormente adotada em outro processo sobre o tema.

Da mesma forma, os autores alertam que essa extensa constitucionalização de normas jurídicas e de técnicas do direito brasileiro, acabaram ampliando a complexidade das questões examinadas na esfera constitucional. Quando os ministros fazem referências aos precedentes, de acordo com Koerner (2013, p. 09), muitas vezes, elas são descuidadas e inconscientes. Assim, na fundamentação dos votos, muitas vezes os integrantes do STF referem-se a determinado julgado anterior, sem explicitar os elementos divergentes ou tratar das diferenças entre a decisão invocada e a proferida.

Por outro lado, os movimentos de oposição dos parlamentares no Poder Legislativo mostram que a judicialização de temas políticos e sociais relevantes, como é o caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não é uma sistemática que produz consenso. Esses efeitos contrários serão, assim, debatidos no capítulo seguinte. Dessa forma, apoiando-se na hipótese da presente pesquisa, será possível verificar se a judicialização da questão homoafetiva deu causa ao *backlash* legislativo posterior a 2011.

Procurou-se, assim, no presente capítulo realizar um apanhado dos principais argumentos e fundamentos sociais, políticos e jurídicos dos Ministros do STF no julgamento da questão do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, bem como analisar os efeitos da decisão e os aprofundamentos dela decorrente. Ressalta-se que não houve esgotamento ou sequer detalhamento de todos os pronunciamentos, uma vez que a pesquisa propõe-se à análise da judicialização da questão homoafetiva e do *backlash* institucional supostamente ocorrido após a decisão.

4 BACKLASH LEGISLATIVO: REAÇÕES E MOVIMENTOS CONTRÁRIOS APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

O presente capítulo propõe apresentar as tensões políticas e as reações legislativas, especial pelo Congresso Nacional, posteriores ao julgamento da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ. Após a revisão bibliográfica e análise das perspectivas da judicialização da política e do efeito *backlash*, nos âmbitos internacional e nacional, e da análise descrita da decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, tem-se o aporte teórico necessário para prosseguimento da pesquisa. Dessa forma, será possível verificar se a judicialização da questão homoafetiva deu causa ao *backlash* legislativo após o ano de 2011.

4.1 Da trajetória do movimento LGBT ao reconhecimento judicial das uniões homoafetivas (1988-2011)

A judicialização da questão homoafetiva, por meio da decisão proferida pelo STF nas ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, reconhecendo às uniões entre pessoas do mesmo sexo, representou um avanço para comunidade LGBT. A última instância do Poder Judiciário, ao deliberar sobre o tema e expandir o entendimento do julgado aos demais órgãos administrativos e judiciais, pretendeu pôr fim aos inúmeros processos e decisões controvertidas no país, com o fim de garantir direitos mínimos aos casais homoafetivos. Apesar da importância e da conquista pelo julgamento de 2011, constata-se que a tensão entre esses movimentos sociais, de um lado, e a resistência a aprovação de medidas envolvendo gênero e orientação sexual, de outro, não é uma questão surgida na última década.

Um dos primeiros debates ocorridos foi sobre criminalização da homossexualidade, em finais de década de 1930. De acordo com Coacci (2014, p. 23), o debate ganhou concretude com a proposta de inserção no Código Penal de 1940, organizado por Alcântara Machado, do tipo penal “homossexualidade”, em que os atos libidinosos entre indivíduos do sexo masculino seriam reprimidos quando causassem escândalo público e punidos com pena de detenção de até um ano. Em virtude dessa proposta, entre os anos de 1950 e 1960 surgiram os

primeiros grupos e coletivos homossexuais no Brasil, embora seja consenso da literatura na área de estudos LGBT que somente ao final da década de 1970, de fato, surgiu o que se poderia chamar de Movimento Homossexual (SIMÕES; FACCHINI, 2009).

No que se refere ao surgimento do movimento LGBT no Brasil, Facchini (2005) constrói as chamadas de três “ondas” sucessivas. A primeira seria a do surgimento do movimento no final da ditadura militar, marcada pela informalidade e desconfiança em relação ao Estado. Para autora, a segunda onda estaria caracterizada pelo arrefecimento do movimento incipiente em razão da epidemia do vírus HIV/AIDS e da luta pelo reconhecimento da diversidade sexual na Constituinte em 1988. Ao fim, na terceira e última onda, o movimento obteve a institucionalização e profissionalização por meio da construção de alianças com o Estado e da formulação de um discurso reivindicatório marcado pelo pragmatismo e pela linguagem dos direitos.

O debate da questão de direitos LGBT, assim, passou a ser necessário. Na pesquisa de Coacci (2014, p. 33), onde foram analisados os discursos judiciais sobre a homossexualidade no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no STF, entre os anos de 1989 a 2012, constou-se que os direitos com temática LGBT estiveram em um total de 38 acórdãos, sendo 32 oriundos do primeiro e 06 do último tribunal. Da análise, também afirma o autor que, embora os acórdãos tenham, em média, 20 páginas, um exemplar fora do padrão é o do julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, possuindo um total de 270 páginas. Dessa forma, o tema revela, em específico, a importância política da questão dos direitos homossexuais levado ao Judiciário (OLIVEIRA, 2013).

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o momento do julgamento da ADI/ADPF, em 2011, o contexto brasileiro sofreu modificações de cunho social, político e jurídico. Com a emergência das democracias e, principalmente, em âmbito internacional, na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, houve uma nova agenda inclusiva e relativa aos Direitos Humanos a se estabelecer. O governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) passou a incorporar o discurso de direitos humanos como discurso oficial de Estado (BALLESTRIN, 2008), o que gerou a implementação de algumas medidas, como a instalação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), em 1995, e da

Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SNDH), em 1996, vinculadas ao Ministério da Justiça, configurando o Sistema Nacional de Proteção aos Direitos Humanos.

O discurso dos direitos humanos, de acordo com Ballestrin (2008), serviu de estratégia, diante da comunidade internacional, para admissão do Brasil em determinados blocos econômicos e alianças interestatais. Embora presente o interesse econômico do governo tucano, na década de 1990, essa movimentação deu abertura aos grupos que militavam “silenciosamente” por direitos homoafetivos, o que Facchini (2005) afirma como um “reflorescimento do movimento”. Engajados os militantes em políticas de conscientização e prevenção do HIV/AIDS e nos novos formatos de Organizações Não-Governamentais (ONGs), foi nos anos de 1990 a fundação da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (ABGLT), em um processo de adoção de políticas internacionais e nacionais e de vários movimentos sociais engajados na causa, o que resultou, em 1997, na primeira Parada do Orgulho LGBT, na cidade de Belo Horizonte/MG.

Quanto à questão da nomenclatura do movimento, importante destacar, de acordo com Simões e Facchini (2009), que à medida que a luta por direitos homoafetivos foi se configurando ao longo da história, ganhou nomes diferentes. Assim, inicialmente denominado “Movimento homossexual”, passou a “Movimento gay”, seguido “Movimento gay e lésbico” e, mais tarde, “Movimento GLBT” (gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais); em 2008, a fim de dar maior visibilidade às lésbicas, passou-se a letra “L” para frente, chamando-se LGBT. Atualmente, apesar da falta de consenso, alguns setores desejam incluir novas identidades como a letra “I” (intersexuais), resultando em LGBTI, outros grupos que visam duplicar a letra “T” (LBGTT, distinguindo travestis e transexuais), e até mesmo a ampliação da sigla LBGTTIQ, com a inclusão da letra “Q” de *queer* ou *genderqueer*, que remete a pessoas que não seguem o padrão de heterossexualidade ou binarismo de gênero.³²

Os debates e as iniciativas legais e jurídicas em curso em nome da “cidadania LGBT”, para Simões e Facchini (2009, p. 24), são ilustrativos e emblemáticos do

³² Para Simões e Facchini (2009, p. 14-15), a denominação LGBT segue à fórmula aprovada pela I Conferência Nacional GLBT, referindo-se a lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Antes disso, no XII Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros (2005), incluiu-se oficialmente o “B” de bissexuais e se convencionou que o “T” referia-se a travestis, transexuais e transgêneros. Apesar da deliberação da I Conferência Nacional e da sigla LGBT tenha predominando nos meios ativistas, ela eventualmente assume outras variantes, que invertem a ordem das letras (colocando o “T” à frente do “B”), duplicam o “T” (para distinguir entre travestis e transexuais) ou acrescentam novas letras remetendo a outras identidades (como “I” de “intersexual” ou “Q” de “queer”).

processo de transformações que o Brasil vive no âmbito dos cruzamentos entre sexualidade e política. Coacci (2014) destaca que sempre houve, de alguma forma, militância e campanhas em prol de garantia de direitos ao movimento LGBT, como exemplo do Triângulo Rosa, do Rio de Janeiro, grupo que se articulou com partidos políticos e organizações para alteração do termo “opção sexual” para “orientação sexual” na Assembleia Nacional Constituinte, em 1988. Apesar do grupo de pressão para que fosse incluída no artigo 3º, IV, a proibição de discriminação por orientação sexual, não houve êxito da proposição.

No livro de Simões e Facchini (2009, p. 161-169), há uma cronologia de 1978 a 2007 dando conta de todos os avanços obtidos pelo movimento LGBT “na trilha do arco-íris”. Pelos dados obtidos, pode-se perceber que, a partir de 2001 há alguns indícios de maior concretização de direitos na esfera política, como a sanção pelo Governo no Estado de São Paulo da Lei Estadual nº 10.948, punindo a discriminação por orientação sexual naquele estado. No mesmo ano, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, pela Lei Estadual nº 3.406, estabeleceu também penalidades aos estabelecimentos daquele estado que discriminassem pessoas em razão da orientação sexual.

No ano de 2003, com a mudança de governo e de estratégia política, ocorreu maior abertura para que os movimentos LGBT conseguissem atuar no cenário brasileiro. Os estudos da área apontam o governo Federal e seu projeto político como uma das linhas de força na questão de sexualidade e gênero, pois, como destaca Coacci (2014, p. 40), a “forma como o governo Lula dialogou com os movimentos sociais LGBT é, reconhecidamente, diversa daquela de governos anteriores”. Como exemplo de políticas sociais, tem-se o programa Brasil Sem Homofobia (2004), a I Conferência Nacional GLBT (2008) e Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT (2009).

Com isso, a criação de novas institucionalidades pelo governo Lula (2003-2010) favoreceram as questões relacionadas aos direitos LGBT. Em decorrência do programa Brasil sem Homofobia, entre os anos de 2005 e 2006 foram criados mais de 40 centros de referência pelas capitais e grandes centros no país. Em 2009, houve a criação da Coordenação Geral de Promoção de LGBT e, em 2010, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação dos Direitos de LGBT (SIMÕES; FACCHINI, 2009).

No âmbito do Legislativo Federal, de acordo com Oliveira (2013), entre os anos de 2003 a 2010, surgiram 45 propostas legislativas visando regulamentar direitos da população LGBT. Contudo, apesar do volume, a autora afirma que não havia, em nenhuma delas, uma possibilidade concreta de garantia de direitos aos homossexuais. Esse argumento reforçava, cada vez mais, a ideia e a necessidade da apreciação judicial do tema.

Nessa linha, sob a ótica do Poder Judiciário, Coacci (2014) constatou que, pela análise do tema no STF e STJ, entre os anos de 1989 a 2012, nos dois tribunais a primeira ação envolvendo o tema homoafetivo data do ano de 1998, sendo entre 2004 a 2009, uma média de duas ações por ano sobre a temática, com exceção de 2007, onde não foram encontrados processos. A partir de 2010, houve um ápice dos julgamentos, encontrando, em 2011, um total de 13 ações, ano em que foi julgada as ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ. Assim, embora sem êxito em estabelecer uma correlação, o autor afirma que o aumento das ações junto aos tribunais superiores coincide com a ascensão dos partidos de esquerda ao poder nacional.

Outro fato importante para presente pesquisa e que aponta na ampliação do debate da questão homoafetiva, após a ascensão ao poder pelos partidos de esquerda no Brasil, é de que as ações (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº132/RJ) que resultaram no reconhecimento jurídico da união homoafetiva, não foram propostas por grupos ou associações engajadas na mobilização e no reconhecimento de direitos LGTB. Embora tenham esses grupos atuado de forma indireta, como afirma Cardinali (2017), como na atuação na qualidade de *amici curiae*, a ADPF foi proposta à época pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro/RJ e a ADI pela Vice-Procuradora-Geral da República em exercício. Na pesquisa de Coacci (2014), o autor também destaca que as conquistas obtidas pelo movimento LGBT, por meio das ações no STF, não se deram por uma ação direta dos movimentos sociais, embora se tenha ciência do engajamento da comunidade na causa homoafetiva.³³

³³ Nesse ponto, ainda em tempo da discussão dos modelos de análise da judicialização e intervenção judicial em questões políticas, a pesquisa apresenta justificativa da não adoção da perspectiva de análise da mobilização do direito (*legal mobilization*), situada predominantemente no escopo da sociologia do direito e do movimento *law & society*. Primeiramente, no recorte à questão homoafetiva, as ações constitucionais (ADI nº 4.277 e ADPF nº132) não foram propostas diretamente por atores sociais ou grupos de interesse engajados na comunidade LGBT. Dessa forma, a judicialização do tema político chegou ao STF por meio do Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradora-geral da República. O controle de constitucionalidade no Brasil permite que entidades e associações proponham ações constitucionais perante o Supremo de questões com pertinência temática. Além

4.2 Reações legislativas no Congresso Nacional após a judicialização da questão homoafetiva (2011-2018)

Diante do contexto social e político apresentado na seção acima, percebe-se que houve, de fato, uma ampliação do debate e das abordagens de questões relacionadas ao movimento LGBT no período de 1988 a 2011. Embora o avanço das temáticas e das políticas públicas que o governo federal empreendeu em diversas épocas, a questão do reconhecimento de direitos homoafetivos sofreu resistência, em especial no Congresso Nacional. Da mesma forma que houve um engajamento da militância em prol de direitos, surgiram novos setores conservadores resistindo às mudanças propostas nas questões relacionadas a gênero, sexualidade e orientação sexual.

Com a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), em 2003, e com a XI Conferência Nacional para atualização do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 2008, durante o governo Lula houve um ressurgimento de reações conservadoras. De acordo com Ciconello (2011, p. 96-97), um dos exemplos foi a organização Tradição, Família e Propriedade (TFP), agindo em conjunto a uma superexposição de posicionamentos ultraconservadores nos meios de comunicação, como “o do jurista Ives Granda Martins para quem o PNDH III seria um decreto preparatório para um regime ditatorial”. Para o autor, essas forças – simbolicamente articuladas à época da ditadura pelo lema do TFP – adquiriram uma nova roupagem, articulando-se sob um discurso neoliberal conservador.

Com as eleições presidenciais do ano de 2010, o tema relacionado aos direitos homossexuais permeou o debate dos presidencialistas, não diretamente, mas veiculado por meio de questões como aborto e liberdade religiosa. Como afirma Ciconello (2011, p. 98), com base no Departamento Intersindical de Assessoria

disso, de acordo com Engelmann (2017, p. 23-24), essa abordagem da mobilização política do espaço judicial tem como foco os movimentos e grupos de interesse, estudando as relações entre a esfera jurídica e a política. Os estudos, que crescem na literatura da Ciência Política, têm origem em Epp (1998), autor de “*The Rights Revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*”, e parte do argumento de que o Poder Judiciário adquire capacidade de intervenção em questões proeminentes, desde que esteja inserido em uma sociedade dotada de *suuport structure*, ou seja, de associações civis bem organizadas, ideologicamente definidas e com assessoria jurídica estruturada. Dessa forma, diversamente do que ocorreu no caso da questão homoafetiva – embora se possa constatar a atuação indireta dos movimentos LGBT, inclusive na condição de *amicus curaie* - essa perspectiva de análise não se presta à pesquisa, uma vez que enfatiza a mobilização das instituições judiciais por indução de demandantes individuais e coletivos, transformando o Judiciário em um mediador político (ENGELMANN, 2017).

Parlamentar (DIAP), nas eleições de 2010 a bancada evangélica passou de 36 para 73 parlamentares, sendo desses 36, 34 já estariam no segundo mandato consecutivo. Dessa forma, o enfrentamento da temática LGBT pelos poderes Executivo e Legislativo tornou-se necessária, embora apresentasse forte resistência desses setores que colocavam a religião como argumento principal em oposição aos direitos LGBT.

No ano de 2011, como destaca Coacci (2014), o governo Dilma deu seguimento aos programas relacionados à temática LGBT, como a realização das etapas municipal, estadual e federal da 2ª Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos de LGBT, a criação da Comissão Nacional de Diversidade Sexual (ainda por engajamento da Ordem dos Advogados do Brasil, encampado pela Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias). Oliveira (2013) afirma que nesse mesmo ano, um total de 34 novas proposições legislativas envolvendo a garantia de direitos LGBT foram propostas no Congresso Nacional. Contudo, das proposições apresentados, poucas possuíam previsão de aprovação.

Nesse sentido, as políticas do governo Dilma (2011-2016), no primeiro mandato, passaram a enfrentar resistência dos setores mais conservadores e religiosos para implementação e continuidade dos programas envolvendo direitos LGBT. De acordo com Coacci (2014), como parte do programa Brasil Sem Homofobia, em 2011, houve a produção de material, a ser distribuído nas escolas federais, para incentivar o combate ao preconceito e promoção da diversidade. Contudo, os Deputados federais Jair Bolsonaro (PP-RJ) e Marco Feliciano (PR-SP) e o Senador Magno Malta (PR-ES) passaram anunciar nos meios de comunicação sobre a distribuição de um “*kit gay*”, fazendo com que a bancada evangélica declarasse a abstenção de votações de todo e qualquer projeto da Câmara até que o governo recolhesse todos os vídeos e materiais.

Destaca-se que à época da veiculação e disseminação pelos parlamentares das bancadas conservadoras a respeito do “*kit gay*” - que resultaram na não distribuição dos documentos pelo governo Federal -, o STF já havia proferido decisão na ADI nº 4.277/ADPF nº 132. Para Mello et al. (2012), o fortalecimento da campanha de combate ao material de conscientização nas escolas pode ser encarada como uma reação dos setores mais radicais à decisão que equiparou a união estável homoafetiva à união heteroafetiva. Para Ciconello (2011), por outro

lado, essa Igreja Católica que existe atualmente, representada por esses partidos, não é a mesma dos anos de 1970 e 1980, uma vez que

a guinada conservadora da Igreja vem produzindo efeitos devastadores para o avanço de direitos ao bloquear as demandas de movimentos sociais e associações de defesa de direitos no país, como o movimento feminista, de DST/Aids e LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis) (CICONELLO, 2011, p. 97-98).

Dessa forma, mesmo diante do avanço de políticas do Executivo e de decisões judiciais favoráveis à questão em diversos estados, as demandas na arena legislativa federal sofreram intensa resistência de setores conservadores ligados a religiões cristãs, principalmente por meio da Frente Parlamentar Evangélica (FPE). A bancada religiosa apresentou, de acordo com Cardinali (2017, p. 44), um discurso marcado pela defesa de uma concepção de família “exclusivamente heterossexual-monogâmica (‘tradicional’) e pela oposição à repressão de discursos e práticas discriminatórios, com fundamento na liberdade de expressão”. Com isso, de acordo com o autor, o Legislativo tornou-se um espaço pouco ou nada propício à promoção da agenda de direitos homoafetivos, motivo pelo qual, o movimento LGBT passou a apostar na judicialização como estratégia política.

A presente pesquisa, por meio da coleta de dados e da revisão bibliográfica, constatou a existência de uma reação legislativa ocorrida, quase imediatamente, posterior à decisão do STF na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº132/RJ: o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 224/2011, de autoria do Deputado João Campos (PSDB/GO), que à época era da Frente Parlamentar Evangélica.³⁴ A proposição pretendia sustar os efeitos da decisão do Supremo, uma vez que o Judiciário teria extrapolado sua competência e invadido as atribuições do Congresso Nacional. De acordo com Cardinali (2017), os argumentos apresentados no PDC eram de ordem exclusivamente formal e alegavam que o STF teria promovido verdadeira alteração do texto constitucional sob o pretexto de interpretá-lo.

O PDC nº 224/2011, com fundamento na competência do Congresso Nacional, prevista nos incisos V e XI, do art. 49, da Constituição Federal, além da sustação dos efeitos da decisão do STF, objetivou a anulação de todos os atos dela decorrente. Na justificativa do projeto consta que o Supremo, ao conceder direitos

³⁴ O Projeto de Decreto Legislativo nº 224/2011 prevê em seu art. 1º que fica sustada a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a estabilidade da união homoafetiva, anulando-se todos os atos dela decorrentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

aos casais homossexuais, ultrapassou os limites da interpretação da Constituição, criando uma nova lei, o que é vedado pela norma constitucional. Ainda, o autor do projeto, Deputado João Campos (PSDB-GO), destacou que

convencidos dos argumentos aqui esposados, deputados que integram FPE - Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, em reunião, na terça-feira passada, deliberaram por apresentar o presente Projeto de Decreto Legislativo, no zelo da competência do Legislativo e também com caráter preventivo em relação a outras decisões que o STF poderá prolatar no futuro eivadas de ilimitado ativismo que configure a invasão de competência do legislativo. À luz de todo exposto, conto com o apoio dos nobres Pares para aprovar o presente Projeto de Decreto Legislativo, com o objetivo de sustar a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a estabilidade da união homoafetiva, anulando-se todos os atos dela decorrentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Coacci (2014) destaca que o PDC nº224/2011 foi proposto no mesmo dia em que houve o veto presidencial do denominado “*kit gay*” e cancelada a distribuição do material no país. A proposição é, de fato, reativa à decisão do STF, embora na fundamentação sustente a invasão de atribuições pelo Supremo, sem questionar o mérito do julgamento. De acordo com site da Câmara, o projeto foi devolvido ao autor, Deputado João Campos (PSDB-GO), e arquivado em razão de versar sobre matéria evidentemente inconstitucional, nos termos do Regimento Interno da Câmara (RIDC)³⁵.

No ano seguinte, em 2012, de acordo com Mello et al. (2012), ocorreu novamente um veto presidencial a materiais didáticos. Dessa vez, os documentos informativos versavam sobre prevenção ao HIV/AIDS e era voltado para jovens homossexuais de 18 a 24 anos. Em razão da justificativa dada pelo Ministério da Saúde, tudo levou a crer que o posicionamento tenha sido ocasionado por pressão de grupos e bancadas religiosas do Congresso Nacional (MELLO et al., 2012).

Em 2013, nesse contexto posterior à decisão do STF e à expedição da Resolução pelo CNJ, que reconheceu e deu tratamento paritário das uniões homoafetivas no Brasil, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR-RJ), denominado

³⁵ Nos termos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17/1989), o artigo 137 prevê que toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões, sendo que (§1º), a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que: I - não estiver devidamente formalizada e em termos; II - versar sobre matéria: a) alheia à competência da Câmara; b) evidentemente inconstitucional; c) anti-regimental (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989)

“Estatuto da Família”.³⁶ De acordo com a proposta legislativa, define-se entidade familiar como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).³⁷

Da justificativa da proposição, consta que

conquanto a própria carta magna tenha previsto que o Estado deve proteger a família, o fato é que não há políticas públicas efetivas voltadas especialmente à valorização da família e ao enfrentamento das questões complexas a que estão submetidas às famílias num contexto contemporâneo. São diversas essas questões. Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo à desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo (CÂMARA DO DEPUTADOS, 2013).

A justificativa apresentada no PL nº 6.583/2013 prevê um estatuto sobre questões centrais envolvendo uma família, sendo essa entidade familiar àquela composta pela união entre o homem e a mulher. O teor da proposta legislativa, pelo que se vê, confronta claramente o entendimento dos ministros do STF na ADI nº 4.277/ADPF nº 132. Além disso, um dado preocupante é o apoio social dado em enquete realizada pela Câmara dos Deputados, em meio virtual, aberta em fevereiro de 2014 e em encerrada agosto de 2015, onde 4,9 milhões dos votos (48,09%) foram favoráveis ao PL (PIMENTEL, 2017).

De acordo com Cardinali (2017, p. 217), o PL nº 6.583/2013 tem por objetivo não só desconstituir da decisão do STF e a posterior resolução do CNJ, como também caracterizar apenas a união entre um homem e uma mulher como família, visando garantir “a firme atuação do Estado na defesa deste modelo tradicional de família, heteronormativo e patriarcal”. Além disso, o projeto prevê a inclusão de uma nova disciplina obrigatória no currículo do ensino fundamental e médio como a denominação “Educação para a família”, criando a obrigação do “Dia Nacional da Valorização da Família”, a ser celebrado em todas as escolas (CÂMARA DOS

³⁶ De acordo com PL nº 6.583/2013, o artigo 1º prevê o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar, caracterizando no artigo 2º entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³⁷ Diante da apresentação do PL nº 6.583/2013 pelo Deputado Anderson Ferreira (PR/RJ), a proposição foi encaminhada ao Plenário da Câmara em 16/10/2013, sendo criada uma Comissão Especial para tratar do tema. Em 24/09/2015, o projeto foi aprovado com parecer conclusivo e aguarda, antes de seguir para votação no Senado, a deliberação dos recursos apresentados pelos Deputados Erika Kokay (PT-DF) e Jean Wyllys (PSOL-RJ) à Mesa Diretora da Câmara (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

DEPUTADOS, 2013). Contudo, nessa parte, Cardinali (2017) afirma que o projeto se confronta com a justificativa dos próprios parlamentares evangélicos, os quais criticam, de forma feroz, as medidas de combate à homofobia no ambiente escolar.

Destaca-se, ainda, que a Comissão Especial criada para debater a proposta legislativa é formada em maior parte por integrantes da FPE, sendo que as audiências públicas realizadas até o momento restaram marcadas pela proliferação de falas e atores religiosos (CARDINALI, 2017). Dessa forma, o projeto de “Estatuto da Família” é uma clara desautorização da interpretação constitucional feita pelo STF nas ações de controle de constitucionalidade. Além da tensão gerada, em um primeiro momento, com o PDC nº 224/2011, tais setores conservadores insistem em reverter o reconhecimento judicial da questão.

Em 2016, pelos dados obtidos no site da Câmara dos Deputados, verificou-se a existência do Projeto de Decreto Legislativo nº 539/2016, o qual objetiva sustar os efeitos da Resolução nº 001/1999³⁸ do Conselho Federal de Psicologia (CFP), autorizando práticas de patologização ou de ação coercitiva de comportamentos homossexuais. O PDC intitulado de “cura gay”, proposto pelo Deputado Pastor Eurico (PHS-CE), tem cunho evidentemente religioso e demagógico, mas se fundamenta (a semelhança do PDC nº224/2011) na usurpação de competência do Congresso Nacional.³⁹ Na justificativa do projeto, o autor ressalta que a

proposição já foi apresentada em outra legislatura, sendo retirada por pressão política, em razão de equívoco erro de interpretação deste projeto ao nomeá-lo de “CURA GAY”, quando na realidade VISA TÃO SOMENTE ESTABELECE E CONSERVAR A COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL que há muito tempo vem sendo usurpada por poderes que não têm sua atividade típica, por excelência, na alteração de normas legais, bem como por entidades que regulamentam suas normas desrespeitando aquela competência, ao passo de infringir todo o arcabouço jurídico [...]. É do Poder Legislativo o direito-dever de legislar sobre direitos e deveres que regem a

³⁸ Art. 1º Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade; Art. 2º Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas; Art. 3º os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades; Art. 4º Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 1999).

³⁹ De acordo com o PDC nº 539/2016, o artigo 1º prevê que ficam sustados, nos termos do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, os efeitos da Resolução nº 01, de 22 de março de 1999, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”, editada pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP).

sociedade. Se quiserem restringir direitos e deveres de profissionais da psicologia, que o Conselho Federal de Psicologia mande sua proposta para este Parlamento, a fim de debatermos sobre a vedação ou não de determinadas condutas da profissão [...]. Neste sentido, peço aos nobres Pares para votar em favoráveis a esta proposição para sustar os efeitos da resolução supracitada, porquanto o Poder Legislativo é o único competente para criar direitos e obrigações nas relações intersubjetivas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Também do ano de 2016 é o PL nº 4.754, apresentado pelo Deputado e tesoureiro da FPE, Demóstenes Cavalcante (DEM-RJ), à época do PSD/RJ, e integrante da Comissão Especial que analisa o “Estatuto da Família”. A proposta tem como objetivo acrescentar ao artigo 39 da Lei nº 1.079/1950 (Lei do Impeachment), que prevê as hipóteses de crimes de responsabilidade pelos ministros do STF, uma sexta hipótese: “usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”. De acordo com Cardinali (2017), no parecer, o Relator Marcos Rogério (DEM/RO) faz uma extensa análise dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, descrevendo a ocupação dos espaços decisórios (dos outros poderes) pelo STF.

O PL nº 4.754, assim como os anteriores a 2016, demonstram a tensão existente entre os Poderes Legislativo e Judiciário no que toca à judicialização de temas políticos e sociais relevantes. Quando um tema de difícil enfrentamento chega ao STF e obtém uma resposta (seja positiva, seja negativa), os parlamentares, de alguma, tendem a se utilizar de proposições para, no mínimo, manifestar o descontentamento e a oposição diante dessa “derrota” institucional. Na justificativa do projeto de lei, o Deputado relator Marcos Rogério (DEM/RO) condena das práticas de “jurisprudência criativa” e “decisionismo judicial” do Supremo, ressaltando em suas razões que

que a doutrina jurídica recente tem realizado diversas tentativas para justificar o ativismo judiciário, algo praticamente inexistente em nosso país nos anos 50, época em que foi promulgada a lei que define os crimes de responsabilidade. Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta casa poderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016b).

Como dado coletado pela presente pesquisa, no período que sucede à decisão do STF na ADI nº 4.277/ADPF nº 132, a partir de 05 de maio de 2011, por meio da pesquisa avançada por assunto, pela palavra “união homossexual”, foram

encontrados nove (09) resultados pelo site da Câmara dos Deputados, dos quais (04) quatro são proposições que questionam o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos. Além do PDC nº224/2011, foram encontradas três propostas de convocação de plebiscito: duas sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar (PDC nº 495/2011 e PDC nº 521/2011) e uma sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo (PDC nº 232/2011).

Da mesma forma, pelo site do Senado Federal, foi realizada pesquisa avançada/textual, pelo termo “união homossexual”, no período posterior a 05/05/2011. Diferentemente do site da Câmara, no Senado foi encontrada apenas uma proposição legislativa. Contudo, o resultado encontrado (PLS nº 612/2011) não combate o reconhecimento da união homoafetiva; pelo contrário, propõe alteração legislativa para o reconhecimento legal como entidade familiar e os direitos a ela inerentes.

Dessa forma, procurou-se apresentar, como movimentos contrários, as principais proposituras legislativas e as formas de resistência oferecidas pela bancada conservadora, em geral da FPE, com maior destaque no cenário nacional e pela literatura na área. Como afirma Cardinali (2017, p. 207), dos idos de 1986, os primeiros parlamentares eleitos e expressamente identificados com o ideal do “neopentecostalismo” iniciaram essa intransigente oposição às propostas de avanço na pauta moral na nova Constituição. Dentre elas, em 1988, o engajamento em deixar de fora do artigo 3º a vedação da discriminação em razão de orientação sexual.

Como passar do tempo, a FPE cresceu e adquiriu novos adeptos e partidos coligados, ancorados na concepção religiosa e pragmática de família. Em 2013, a nomeação do Deputado Marco Feliciano (PSC-SP) para presidir a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados parece, para Cardinali (2017), um bom exemplo do apoio social e dos partidos conservadores no Congresso Nacional a essa política. Não seria diferente, portanto, a maciça reação e a resistência legislativa à garantia de direitos à comunidade LGBT.

4.3 Da decisão do STF ao *backlash* legislativo: causa e efeito?

Diante do caminho teórico-metodológico percorrido, aprofundou-se a pesquisa na análise (a) da judicialização da política, (a.1) como um fenômeno de expansão do

Poder Judiciário, (a.2) impulsionada pelo sistema híbrido de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, e (b) do que chama a literatura de *backlash* institucional, em especial no (b.1) Poder Legislativo frente às decisões judiciais. Situadas as abordagens, realizou-se o recorte (c) da questão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pelo STF, e (d) das reações contrárias, por meio das propostas legislativas, dos parlamentares integrantes da bancada conservadora/evangélica. Assim, chega-se ao ponto crucial do problema de pesquisa: no caso brasileiro, a judicialização da questão homoafetiva pelo STF nas ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ deu causa ao *backlash* legislativo no período posterior a 2011?

A hipótese afirmativa da pesquisa de que a judicialização da questão homoafetiva pelo STF deu causa ao *backlash* legislativo, ocorrido após a decisão de 2011, é parcialmente válida. De um lado, pela análise da literatura da área e dos dados coletados após o julgamento das ações constitucionais ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, constatou-se que houve de fato um *backlash* por parte da bancada conservadora-religiosa, em especial da Frente Parlamentar Evangélica, no sentido de reverter, contestar ou propor um movimento contrário ao reconhecimento dos direitos LGBT. A reação dos parlamentares ocorre tanto no campo simbólico (fala-se em “ditadura gay”), colocando-o como um desvirtuamento do ideal de família; quanto pela crítica ao Judiciário, imputando-o um ativismo desarrazoado e a apropriação indevida de atribuições (de intérprete passou a legislador).

Por outro lado, tem-se que o pressuposto parece integralmente correto, pois a causa do *backlash* legislativo, de acordo com a revisão bibliográfica e análise histórica das questões relacionadas ao movimento LGBT, demonstrou que a resistência dos legisladores existe, pelo menos, desde a redemocratização e nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte (1988). Embora o cientista político tenha consciência das tensões existentes entre os Poderes, no que se refere aos direitos homoafetivos, antes do aprofundamento no tema, era claro que algumas das proposições legislativas contrárias, após 2011, visavam defender ideais conservadores e religiosos dos parlamentares. Contudo, ao avançar da dissertação, percebeu-se que a decisão do STF apenas potencializou um enfrentamento já existente no cenário político brasileiro com Congresso Nacional, em especial, na Câmara dos Deputados.

Como já destacado, com reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, por meio das ações constitucionais, percebe-se, primeiramente, uma inclinação para o tipo de judicialização como instrumento de governo. A ADI nº 4.277/DF foi proposta pela Procuradora-Geral da República e a ADPF nº 132/RJ pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Dessa forma, o STF foi buscado como forma de solucionar uma paralisia legislativa - resistência dos partidos da FPE no Congresso Nacional em aprovar projetos em prol de direitos das minorias – e de resolver a questão atual e divergente nos diversos ramos (previdenciário, família, sucessório) do direito brasileiro.

A intervenção judicial na questão homoafetiva, ao reconhecer direitos às uniões entre pessoas do sexo, representou também um avanço para comunidade LGBT no ano de 2011. A última instância do Poder Judiciário, ao deliberar sobre o tema e expandir o entendimento do julgado aos demais órgãos administrativos e judiciais, pretendeu pôr fim aos inúmeros processos que tramitavam no país. Dessa forma, garantiu a paridade de direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Como amplamente debatido nos capítulos anteriores, a judicialização de assuntos políticos, embora tenha levantado questões sobre o ativismo legislativo do Supremo, no caso do reconhecimento da união homoafetiva, os ministros tiveram o cuidado de se manifestar pontualmente sobre necessidade do Legislativo normatizar a questão. Como afirma Taylor (2007, p. 231), é lugar-comum o argumento de que “um Judiciário que funciona bem serve de contrapeso aos outros poderes governamentais, provendo garantias para a separação entre os poderes e para a proteção das minorias”. Assim, o STF, como um poder passivo, deve ser acionado por atores externos e assim servir como árbitro nos conflitos políticos, sociais e jurídicos.

Na pesquisa de Coacci (2014), entre os anos de 1989 e 2012, foi constatado no STF e STJ, de um total de 38 casos analisados, 25 tiveram resultado favorável aos pedidos de casais homossexuais (envolvendo união estável, pensão, benefícios previdenciários), sendo sete (07) desfavoráveis e seis (06) favoráveis em parte. Pelos resultados apresentados, percebeu o autor que os Tribunais superiores brasileiros apresentam-se como atores importantes na garantia dos direitos homossexuais no país.

Além disso, como destacado na seção que antecedente, foram inúmeras as tentativas de regulamentar, pela via legislativa, a equiparação de direitos às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. De acordo com o mapeamento realizado por Oliveira (2013), no período de 1995 a 2002, houve 18 propostas legislativas com objeto de regulamentação de direitos a casais homoafetivos; de 2003 a 2010, 45 propostas legislativas; e em 2011, um total de 34 apresentadas na Câmara dos Deputados. O primeiro projeto datado (PL nº 1.151/1995) foi de autoria da ex-deputada e então Senadora Marta Suplicy (MDB-SP) que visava regulamentar as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo.

Do projeto de lei apresentado pela atual Senadora, o ex-deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ), apresentou Substitutivo global a fim de transformar a união homoafetiva em contrato de parceria civil, proibindo qualquer disposição a respeito da adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes (o que se opõe frontalmente aos direitos homoafetivos). Após ampla divergência entre os deputados e por acordo entre líderes partidários, a proposição foi retirada de pauta em maio de 2001 e posteriormente arquivada. Ainda no ano de 1995, Suplicy apresentou a PEC nº 139/1995, visando proibição à discriminação por orientação sexual, diferenciação salarial ou critério de admissão, mesmo texto que à época tentaram os movimentos LGBT, em Assembleia Nacional Constituinte (1988).

Da mesma que o PL nº 1.151/1995, a PEC foi arquivada em 1999. Posteriormente, como já destacado, a Deputada Maria do Rosário (PT-RS) propôs a PEC nº 66/2003, com os mesmos dispositivos apresentados naquela, tendo apensada a PEC nº 392/2005, do deputado Paulo Pimenta (PT-RS), com questões semelhantes à vedação de discriminação em razão da orientação sexual. Ao fim, as PECs dos Deputados do Partido dos Trabalhadores (PT) foram arquivadas em 2011 (pelo fim da legislatura) e desarquivadas em 2015, aguardando, até o momento, apreciação pela Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005).

Percebe-se, assim, que no período anterior a 2011, ano da decisão do STF na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, já havia resistência à discussão e à aprovação de projetos em prol dos direitos homoafetivos. Embora muitos parlamentares, em grande parte os de partidos de centro-esquerda, estivessem engajados na regulamentação e constitucionalização de garantias aos casais homossexuais, os setores conservadores procrastinavam as pautas até que houvesse a rejeição ou o arquivamento da proposição. Em 2011, após a decisão do STF, como Senadora,

Suplicy (MDB-SP) propôs PLS nº 612/2011, a fim de alterar a redação do art. 1.723 do Código Civil para reconhecer, legalmente, como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, destacando que

o Congresso Nacional, entretanto, ainda patina nessa questão, talvez por constituir-se no mais heterogêneo dos Poderes tripartites a compor o Estado brasileiro. Tamanha delonga contribui, por seu turno, para a pecha que sobre o Parlamento tem ultimamente recaído, com desconfortável frequência, de Poder moroso e hesitante, levado a reboque pela inevitabilidade dos fatos ou por decisões que coube aos demais Poderes tomar. As repercussões da presente proposição legislativa até podem não trazer maiores novidades em relação ao que já tem sido posto em prática pela melhor jurisprudência, vide exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277 e na ADPF 132, esta última recebida e provida, juntamente com a primeira, como ação direta de inconstitucionalidade, sob a relatoria do eminente Ministro AYRES BRITO [...]. Nem por isso, no entanto, reduz-se sua importância, pois, a despeito dos avanços, é grande ainda a insegurança jurídica em relação à matéria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

O PLS nº 612/2011, de acordo com consulta ao site do Senado Federal, está na Secretaria Legislativa do Senado Federal e pronto para deliberação. Como parte do *backlash* advindo da decisão do STF, na votação do projeto houve apenas a abstenção do Deputado Magno Malta (PR-ES). O parlamentar que se absteve foi o mesmo que apresentou, em momento anterior, emenda à proposição alegando que o Código Civil não poderia ser alterado no que tange ao casamento, uma vez que a Constituição Federal consagra o instituto apenas entre homem e mulher.

Percebe-se, em um segundo momento da presente pesquisa, que em diversos contextos políticos houve reação contrária às pautas, programas e projetos de lei relacionados à comunidade LGBT. O Congresso Nacional tem freado o reconhecimento de direitos a esse setor social, o que tornou necessária a judicialização do tema como última via para garantia de direitos aos casais homoafetivos. Seguindo o exemplo dos EUA, onde houve o acionamento da Suprema Corte, desde a decisão em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) até a mais recente em *Obergefell v. Hodges* (2015), os estudos na área afirmam a presença de resistência e do denominado efeito reacional (*backlash*), antes e depois do julgamento, em vários estados norte-americanos.

Dessa forma, o acionamento do STF, por meio da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, ofereceu uma interpretação da Constituição Federal favorável aos casais homoafetivos e, pelo efeito vinculante e extensivo do julgado a todos os órgãos administrativos e judiciais do país, pretendeu pôr fim às controvertidas decisões de

juízes e tribunais espalhados pelos estados. Por outro lado, era esperado, em virtude da bancada conservadora (que ganha espaço desde as eleições de 2010), como da FPE, a reação social e legislativa, em especial, com a propositura do PDC nº 244/2011. Esse fato também é semelhante ao que ocorreu nos EUA, pois, como aponta Klarman (2011), no caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), a decisão da Corte dá causa ao *backlash* por não ser a melhor alternativa para solucionar a questão (interpretação constitucional ao invés de alteração de leis).

Assim, em oposição à hipótese sustentada na pesquisa, pelo que se encontra na literatura, o debate e o embate das questões LGBT esteve presente desde a Assembleia Nacional Constituinte. A época, alguns constituintes propuseram o acréscimo na Constituição de 1988 da proibição de discriminação em razão de orientação sexual e da caracterização da união estável também aos casais formados por pessoas do mesmo sexo (e não somente entre homem e mulher); contudo, não foi aprovada a sugestão. Assim, embora a posição de compromisso com os direitos homoafetivos, cada vez mais, tenha apoio social do eleitorado, as bancadas e os partidos conservadores, em especial com viés religioso, também se cercam de adeptos a ações reacionárias e de trancamento de pauta nas discussões sobre o tema.

Acrescente-se, ainda, que no início da presente pesquisa, pelo material razamente coletado e pela revisão bibliográfica imatura, vislumbrava-se como principal exemplo de *backlash* legislativo a propositura do Projeto de Lei nº 6.583/2013, o “Estatuto da Família”. Com o aprofundamento do tema, verificou-se a existência de várias outras proposições das bancadas ligadas à Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional. Assim, a primeira proposição reativa, dentre outras subsequentes, foi o destacado PDC nº 224/2011, de autoria do deputado João Campos (PSDB/GO), com o objetivo de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ.

Além disso, das análises realizadas por estudiosos sobre o tema LGBT, o reconhecimento judicial da união homoafetiva como entidade familiar, representou uma conquista da comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. A decisão revelou um marco histórico, uma vez que resgatou pautas e projetos legislativos arquivados ou sem andamento na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Ao mesmo tempo, na linha de raciocínio de Klarman (2011) no contexto norte-americano, o reconhecimento judicial de temas paradigmáticos, como

a união entre pessoas do mesmo sexo, gera um debate maior sobre a crescente judicialização da política, o Judiciário como legislador e a reação das bancadas conservadoras, de cunho religioso - o que se confirma no Brasil pelo PDC nº 224/2011, PDC nº 495/2011, PDC nº 521/2011 e PDC nº 232/2011.

No Congresso norte-americano, a Frente Parlamentar Evangélica, integrada por setenta e seis deputados federais e três senadores, anunciou à época da decisão do caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) que pretendia apresentar um projeto de lei assegurando a toda igreja o direito de não ser obrigada a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo gênero (KLARMAN, 2011). No Brasil, a FPE, por meio dos partidos conservadores e de cunho evangélico, tem trancado a pauta de projetos em defesa de direitos homoafetivos desde a Assembleia Constituinte em 1988. Da mesma forma, apesar do efeito vinculante do julgamento do STF na ADI e na ADPF, juízes e promotores de justiça espalhados pelo país ainda têm entendimento diverso do Supremo, manifestam-se em contrariedade ao reconhecimento das uniões homoafetivas em processos em que atuam (CARDINALI, 2017); estendendo o conceito a um eventual “*backlash* judicial”.

Cardinali (2017) destaca que o movimento LGBT nos Estados Unidos foi uma referência central para o debate acerca da diversidade sexual e de gênero no mundo e no Brasil. Assim, a judicialização dos direitos homossexuais no contexto norte-americano, especial na questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, fornece para o autor um retrato complexo e produtivo sobre possibilidades, limites e riscos que envolvem o Judiciário como promotor de demandas (e das reações contrárias que este caminho possa provocar). Com efeito, esse debate judicial nos EUA foi um fator que impulsionou o movimento político-eleitoral da direita religiosa e conservadora e

gerou um intenso *backlash*; a partir da segunda metade dos anos 90, as legislaturas estaduais passaram a editar leis e emendas às Constituições Estaduais de “defesa do casamento” (“*defense-of-marriage acts*”), prevendo vedações expressas ao casamento homossexual e o não reconhecimento daqueles realizados em outros Estados. Em 2006, nada menos que 45 Estados haviam adotado uma lei ou emenda constitucional de proteção do casamento, em alguns casos ambas (CARDINALI, 2017, p. 68).

Além disso, como se percebe da análise dos votos dos ministros do STF, há consenso que compete ao Congresso Nacional a responsabilidade pela regulamentação de direitos e a atribuição legal da equiparação da união estável homoafetiva à heteroafetiva. Contudo, aqueles que estudam o fenômeno no Brasil

afirmam que apenas pessoas ingênuas acreditam que os setores conservadores da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sobretudo das bancadas católica e evangélica, demonstrarão boa vontade para discutir essas questões. Após a decisão na ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, o senador Magno Malta (PR-ES), presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Família, em entrevista à Rádio Senado, afirmou que, se dele dependesse, o único direito que se reconheceria à população GLBT seria o direito ao respeito, o qual, de sua perspectiva, caracteriza-se, evidentemente, por ser um respeito demasiado limitado (CAMINO; MORAES, 2016).

Como destacado ao longo da pesquisa, pelo modelo institucional brasileiro, é permitido ao Judiciário a “interpretação conforme” da Constituição, sem acrescentar ou modificar as normas constitucionais e infraconstitucionais, sob pena de avançar as atribuições do Legislativo. Contudo, e não se trata aqui de exceção, o STF, no caso da questão homoafetiva, avançou sua interpretação e pacificou o entendimento (obviamente não unânime entre os tribunais brasileiros) para que juízes e desembargadores espalhados pelo Brasil também garantissem direitos aos casais homossexuais. Como destacam Bahia e Vecchiatti (2013), existe referência na literatura norte-americana dos benefícios desse tipo de estratégia, como no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), onde os grupos marginalizados e vítimas da segregação, por meio das instâncias judiciais e do mecanismo contramajoritário, encontram a única saída para obtenção de direitos não assegurados pelo estados norte-americanos.

Além disso, outro destaque já apontado pela presente pesquisa é de que a agenda do STF e o assunto levado para decisão dependem muito mais dos atores que levam o tema para apreciação do que dos próprios ministros da Corte. Oliveira (2013, p. 231) afirma, por meio de dados quantitativos sobre a legitimidade democrática do Supremo, que são os agentes políticos os que mais participam da construção da agenda do STF. Dessa forma, mais que jurídica, essa agenda é política.

De acordo com Cardinali (2017), no tocante ao *backlash*, tanto no contexto nacional, quando internacional, a questão envolve resistência ou o “revanchismo” em relação aos agentes institucionais que a adotaram. Embora a literatura da área coloque, muitas vezes, o fenômeno entre um movimento transformativo e um contramovimento conservador, essa dinâmica está longe de ser produto exclusivo da judicialização, na medida em que, os movimentos e os contramovimentos têm

uma preocupação muito maior com o teor das decisões políticas do que com agente decisório. Na questão dos direitos LGBT no Brasil, assim, em confronto à hipótese dessa pesquisa, mesmo tendo o Poder Judiciário judicializado a questão, o *backlash* ocorreria mesmo se a proposição partisse do Executivo ou próprio Legislativo.

A pesquisa procurou, dessa forma, na interface das áreas da Ciência Política e do Direito, apresentar, em um primeiro momento, o tema da judicialização da política e os diálogos que propõe, com o recorte da decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e os direitos a essa inerentes. Como destacam Koerner, Barrato e Inatomi (2007), cientistas políticos têm privilegiado as decisões nos processos judiciais constitucionais em vista das questões relevantes envolvidas no processo político e para decisões governamentais em políticas públicas. Quanto ao *backlash* legislativo ocorrido, em especial na atuação da Frente Parlamentar Evangélica com forte representação no Congresso Nacional, as reações contrárias à garantia de direitos ao movimento LGBT estiveram presente, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988, embora tenham se intensificado após o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 no ano de 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da intervenção do Poder Judiciário nas questões políticas, embora não seja um tema novo, tem crescido na área da Ciência Política. A literatura contemporânea esforça-se na criação de métodos de análise e perspectivas sobre a importância das instituições judiciais no contexto político. O debate sobre judicialização surgiu, a nível global, a partir das pesquisas sobre a expansão do Poder Judiciário, e no cenário brasileiro, intensificaram-se no período posterior à redemocratização e à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na presente pesquisa, para análise do objeto do reconhecimento judicial da união homoafetiva, adotou-se uma abordagem qualitativa, partindo-se do ponto que houve a judicialização de um tema político e social relevante. Pela revisão da literatura, em um primeiro momento, foram analisadas as perspectivas da expansão global do Poder Judiciário em âmbito internacional e nacional. Diante do estudo teórico aprofundado, foi possível compreender a natureza e o diálogo entre o Judiciário e a política.

A judicialização da política, em resumo, foi entendida por meio de dois eixos principais: (1) quando tribunais e juízes atuam na elaboração de políticas públicas e (2) quando fóruns de negociação ou de tomadores de decisão (não judiciais) são vinculados a procedimentos e regras estritamente legais. Além disso, os muitos estudos da área observam o fenômeno pela perspectiva da revisão judicial (*judicial review*) ou controle de constitucionalidade, abordagem necessária na presente pesquisa, uma vez que a questão homoafetiva chegou ao Poder Judiciário por essa via judicial. Assim, o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, diferentemente do norte-americano (*judicial review*) e do sistema concentrado europeu, possui uma natureza híbrida, permitindo que conflitos e questões relevantes cheguem a última instância judicial por meio dos mais diversos atores.

A presente pesquisa também destacou, para análise das questões relacionadas ao Poder Judiciário, outras perspectivas sobre o tema da judicialização da política, como a política judicial comparativa (*comparative judicial politics*), sob a ótica das Ciências Sociais. Como alertado, ficaram de fora análises do comportamento decisório dos juízes, questões do ensino jurídico e judicial no país

ou da mobilização do espaço judicial por diferentes grupos sociais. Quanto a essa última abordagem, justificou-se a não adoção, uma vez que, no caso do reconhecimento de direitos a uniões homoafetivas, o STF não foi acionado por ativistas ou grupos de interesse (embora se tenha noção da participação indireta).

Nesse debate sobre judicialização, é importante frisar, ao contrário da posição de alguns cientistas políticos, que o fenômeno não é consequência do enfraquecimento dos outros Poderes. O que ocorre na verdade – e ocorreu na questão homoafetiva – é o deslocamento de temáticas controversas, razão da omissão ou da inércia decisória do Legislativo ou do Executivo, para o Judiciário. E nesse ponto, não há ativismo judicial, pois a atitude do julgador não é proativa; ela ocorre (e ocorreu) por provocação o julgador a interpretar a Constituição.

Nesse sentido, partindo-se da literatura que entende a expansão do Poder Judiciário como um fenômeno ocorrente em países democráticos, a revisão bibliográfica da presente pesquisa foi ao encontro dos estudos sobre *backlash* como uma reação institucional. Para literatura norte-americana, esse efeito é toda reação social e/ou institucional às decisões judiciais envolvendo direitos civis, políticos, sociais e culturais. As origens desse movimento, surgidas a partir de reações às decisões da Suprema Corte nos casos *Brown v. Board of Education* (1954), *Roe v. Wade* (1973) e *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), servem de base para a demonstração que a resistência e a contramobilização não é uma questão contemporânea.

Dentre os estudos sobre *backlash*, na arena política e judicial norte-americana, o caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), que vedou a discriminação entre casais heterossexuais e homossexuais, tem destaque para a pesquisa. Diante do julgamento, houve reações sociais e institucionais, levando à aprovação de leis em diversos estados norte-americanos negando direitos às uniões homossexuais, o que levou, anos mais tarde, ao julgamento do caso *Obergefell v. Hodges* (2015), a fim de pacificar o entendimento nos EUA. No Brasil, a decisão de 2011, prevendo o efeito reacionário e eventual descumprimento por parte de autoridades judiciais e administrativas, “reforçou” o julgamento com a expedição da Resolução nº 175/2013 pelo CNJ.

Assim, realizada a revisão bibliográfica e comparativa da judicialização da política e do *backlash* legislativo ocorridos em escala global e nacional, o problema de pesquisa questionou se seria possível considerar que, no caso brasileiro, a

judicialização da questão homoafetiva pelo STF, nas ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, deu causa ao *backlash* legislativo ocorrido após a decisão de 2011. Para testar a hipótese, foi realizada análise descritiva da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Após, por meio da pesquisa exploratória e de coleta de dados, verificou-se se as reações legislativas, ocorridas após o ano de 2011, contrárias ao reconhecimento dos direitos LGBT, em especial dos partidos conservadores do Congresso Nacional.

No transcorrer da análise descritiva dos argumentos utilizados pelos ministros do STF no julgamento das ações constitucionais, percebeu-se nos votos uma espécie de “defesa prévia” aos questionamentos futuros sobre a intervenção judicial e ativismo por parte do Judiciário nessa questão social e política dos direitos LGBT. O Ministro Lewandowski, por exemplo, ao decidir pelo reconhecimento a união homoafetiva como entidade familiar, advertiu que a equiparação dos direitos seria apenas nos aspectos que são semelhantes, uma vez para as disposições próprias havia a necessidade de previsão legal específica sobre casamento entre homossexuais. O Ministro Fux, de outra forma, afirmou que nos casos envolvendo direitos de minorias, incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária e política, assim como o Ministro Gilmar Mendes ao ressaltar que em caso de falha do sistema (institucional) na composição de respostas, deve o Judiciário ser chamado a substituir o próprio sistema político.

Cumprir destacar, novamente, que a análise dos votos dos ministros, na ADI nº 4.277/ADPF nº132 foi meramente descritiva, limitando-se ao destaque dos pontos relevantes e que demonstram o fenômeno da judicialização e a preocupação dos magistrados às reações legislativas. Pelo que se percebeu na pesquisa, os integrantes do Plenário do Supremo estavam cientes da relevância e dos desdobramentos que a eventual decisão de procedência das ações, em controle de constitucionalidade, poderia causar no país. O que de fato ocorreu, tendo em visto a imputação à Corte de práticas de ativismo e de voluntarismo político nos diversos projetos legislativos na Câmara dos Deputados.

O terceiro e último capítulo analisou, em específico, as reações contrárias ao reconhecimento dos direitos LGBT e se, a exemplo do contexto norte-americano, houve efeito *backlash* à decisão do STF, no período de 2011. Por meio das proposições legislativas, constatou-se de fato a existência de reações ao julgamento

e as tensões existentes entre os Poderes Judiciário e Legislativo no caso específico da união homoafetiva. Contudo, a hipótese da pesquisa de que judicialização da questão homoafetiva deu causa ao *backlash* legislativo ocorrido após a decisão de 2011, não foi integralmente correta. O efeito reacionário e a oposição das bancadas conservadoras, em especial da FPE, à garantia de direitos homoafetivos existe, ao menos, desde a promulgação da Constituição de 1988.

Pela revisão da literatura e análise de dados, do ano de 1988 até o momento do julgamento da ADI/ADPF, em 2011, o contexto brasileiro sofreu modificações de cunho social, político e jurídico, principalmente após a nova agenda inclusiva e relativa aos Direitos Humanos em 1993. Em termos de políticas LGBT, de um lado, houve no período a ascensão de partidos de esquerda ao Governo Federal e o engajamento em programas de inclusão e proposições legislativas que objetivam o reconhecimento aos direitos homoafetivos (PEC nº 70/2003, PL nº 2.383/2003, PL nº 6.297/2005, PL nº 2.285/2007, PL nº 674/2007, PL nº 4.912/2009 e o Projeto de Lei Complementar 122/2006). De outra banda, contudo, os projetos que tramitavam no Congresso Nacional, já sofriam resistência, uma vez que desde 1995, o tema era discutido pelos parlamentares sem chegarem a um consenso para a aprovação de qualquer regulamentação.

Com as eleições do ano de 2010, o debate dos presidencialistas foi permeado pelas questões atinentes aos direitos homossexuais, embora não diretamente, mas por meio de questões como aborto e liberdade religiosa. Dessa forma, o enfrentamento da temática LGBT pelos poderes Executivo e Legislativo era necessário, embora apresentasse forte resistência desses setores que colocavam a religião como argumento principal em oposição aos direitos LGBT. Por outro lado, nessa época, o STF já se preparava para o julgamento das ações constitucionais, propostas entre 2008 e 2009.

A presente pesquisa, durante o aprofundamento no tema, constatou que após a decisão do STF na ADI nº 4.277/ADPF nº132, a primeira e imediata reação legislativa foi o PDC nº 224/2011, de autoria do Deputado João Campos (PSDB-GO). A proposição pretendia sustar os efeitos da decisão do Supremo, uma vez que o Judiciário, na visão do autor, teria extrapolado competências e invadido atribuições privativas do Congresso Nacional. Esse projeto representa, se não o principal, um importante *backlash* ao julgamento do Supremo, uma vez se quer toca ao mérito do

julgado (reconhecimento da união homoafetiva), mas a (usurpação de) competência do órgão judicial.

Ainda, como dado coletado pela presente pesquisa, no período que sucede à decisão do STF, a partir de 05 de maio de 2011, por meio da pesquisa por assunto (“união homossexual”), encontrou-se nove resultados pelo site da Câmara dos Deputados, dos quais (04) quatro são proposições que questionam o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos. Incluído nessa contagem o PDC nº 224/2011, as propostas tratam da convocação de plebiscito (duas sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar - PDC nº 495/2011 e PDC nº 521/2011 - e uma sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo - PDC nº 232/2011). Dessa forma, percebeu-se que, embora o Supremo tenha pacificado a questão, os parlamentares ainda pretendiam por o tema em debate à população.

Em 2013, outra importante reação legislativa foi Projeto de Lei nº 6.583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR-RJ), denominado “Estatuto da Família”. A proposta legislativa, como já mencionado na pesquisa, busca definir entidade familiar como núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher. O projeto releva-se também como *backlash* à decisão do STF, uma vez que confronta diretamente o entendimento dos Ministros em dar *status* de entidade familiar à união homoafetiva.

Nesse ponto, cabe destacar que em 2017 (e diante do PL nº 6.583), a Ordem dos Advogados do Brasil apresentou à Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado Federal anteprojeto de lei para instituir o “Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero”. A Presidente da Comissão, a Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, pretende com o projeto, que denomina de “Estatuto das Famílias”, alterar inúmeros dispositivos infraconstitucionais brasileiros. Dessa forma, o projeto (PLS nº 134/2018) vem, a exemplo da Resolução nº 175/2013 do CNJ, como “reforço” a decisão de STF e ao *backlash* legislativo subsequente.

O pressuposto da pesquisa, assim, de que a judicialização da questão homoafetiva pelo STF, na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ, deu causa ao *backlash* legislativo, ocorrido após a decisão de 2011, demonstrou-se parcialmente válido. De um lado, pela análise dos estudos da área e dos dados obtidos após o julgamento das ações constitucionais, constatou-se a judicialização deu causa ao

backlash por parte da bancada conservadora-religiosa, em especial da Frente Parlamentar Evangélica, na Câmara dos Deputados, no sentido de reverter, contestar ou propor uma redução de direitos LGBT. A reação dos parlamentares ocorreu tanto no ataque aos casais homoafetivos e ao desvirtuamento do ideal de família, quanto pela crítica ao ativismo e apropriação indevida de atribuições pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, tem-se que o pressuposto não restou totalmente procedente, pois a causa do *backlash* legislativo, de acordo com a revisão bibliográfica e análise histórica das questões relacionadas ao movimento LGBT, demonstrou que a resistência dos legisladores existe, pelo menos, desde a promulgação da Constituição Federal (1988). No que se refere aos direitos homoafetivos, antes do aprofundamento no tema, como já destacado, acreditava-se que as proposições legislativas reacionárias ocorreram de fato após o ano de 2011. Contudo, ao avançar da dissertação, percebeu-se que a decisão do STF apenas potencializou a reação dos parlamentares e o enfrentamento (já existente) no cenário político brasileiro entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Percebe-se também pela presente pesquisa, que em diversos contextos políticos houve reação contrária às pautas, programas e projetos de lei relacionados à comunidade LGBT. No Congresso Nacional, a bancada que representa a Frente Parlamentar Evangélica tem freado o reconhecimento de direitos a esse setor social minoritário, o que tornou necessária a judicialização do tema como última via para garantia, ao menos, aos casais homoafetivos. Seguindo o exemplo dos EUA, desde a decisão em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) até a mais recente em *Obergefell v. Hodges* (2015), os estudos na área confirmam a presença de resistência e do *backlash*, antes e depois do julgamento, em vários estados norte-americanos.

Assim, em oposição à hipótese sustentada na pesquisa, pelo que se encontra na literatura, o debate e o embate das questões LGBT esteve presente desde os idos de 1988, na redemocratização do país. A época, foi proposto o acréscimo na Constituição da proibição de discriminação em razão de orientação sexual, além da caracterização da união estável entre casais formados por pessoas do mesmo sexo; contudo, sem êxito. A posição de compromisso com os direitos homoafetivos é uma pauta que tem obtido apoio social, principalmente de partidos mais alinhados à esquerda do espectro político, contudo, ainda sofre resistência ao aprovar projetos

das bancadas e os partidos ligados à FPE, por meio do trancamento de pauta e das discussões sobre o tema.

Acrescente-se, novamente, que no início da pesquisa, pelo material inicialmente coletado e pela revisão bibliográfica prematura, vislumbrava-se como principal *backlash* legislativo ao julgamento do STF o Projeto de Lei nº 6.583/2013 (“Estatuto da Família”). Com o aprofundamento do tema, verificou-se a existência de várias outras proposições ligadas à Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional, como o PDC nº 224/2011, com o objetivo de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ. Na questão dos direitos LGBT no Brasil, dessa forma, mesmo tendo o Poder Judiciário judicializado a questão, o *backlash* ocorreria se atuação fosse do Legislativo ou do Executivo.

A temática do Poder Judiciário, em especial do STF, e a apreciação judicial dos direitos homoafetivos é de extrema importância para a área da Ciência Política. A judicialização desse tema, com a necessidade da intervenção do Judiciário, ocorreu, dentre outros fatores, em virtude da massiva resistência de setores conservadores, como Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional. Assim, a análise da tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário mereceu o aprofundamento dado na presente pesquisa, uma vez que cabe ao cientista político estabelecer relações e correlações, principalmente diante do momento atual, entre o Direito e a Justiça.

Por fim, na interface das áreas da Ciência Política e do Direito, a pesquisa apresentou como objeto de estudo a decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. O tema da judicialização e os diálogos que propõe esse fenômeno, em um primeiro momento, estão presentes no contexto político brasileiro, principalmente em época de crise institucional e falta de representatividade política. De outro lado, o *backlash* legislativo, em especial na atuação da Frente Parlamentar Evangélica, releva que as reações contrárias às garantias constitucionais, no caso da dissertação os direitos LGBT, é apenas uma das tantas pautas reacionárias dessa bancada conservadora e das “novas direitas” que movimentam o cenário político-partidário no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Thaís Florencio de. A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal. ; **ponto-e-vírgula**, n. 2, p. 142-159, 2007. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/14305>>. Acesso em 23 set. 2018.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Educ; Idesp, 1997. 215 p.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antônio Octávio (orgs.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004. p. 79-107.

_____. Polícia Federal e construção institucional. In: _____. **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 99-132.

_____. Cortes Constitucionais. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p.195-214.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou diálogos judiciais: o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 3, n. 1, p. 1-45, 2014.

AVRITZER, Leonardo. Judicialização e equilíbrio de poderes no Brasil. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 215-220.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. 657 p.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 239 p.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 15, p. 69-94, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300069&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 set. 2018.

BALLESTRIN, Luciana. Direitos Humanos, Estado e Sociedade Civil nos Governos de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002). **Teoria & Sociedade**. Belo Horizonte, v. 2, n. 16, p. 10-33, dez. 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotii. ADI N. 4.277 – Constitucionalismo e relevância da decisão sobre união homoafetiva: O STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 09, n. 01, jan.-jun. de 2013. p. 65-92.

BARBOSA, Leon Víctor de Queiroz et al. Judicialización de la política y grupos de presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. **América Latina Hoy**, n. 72, p. 59-88, 2016. Disponível em: <<http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/alh2016725988>>. Acesso em 23 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE – Revista Direito do Estado**, ed. 18, p. 01-29, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em 23 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. **Direito.UnB** [da] Universidade de Brasília, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014. p. 221-244. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/25>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

BRASIL. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em 23 set. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 23 set. 2018.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno [recurso eletrônico] do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. 265 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em 26 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Resolução n. 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Centro de Documentação e Informação. Brasília, 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2027-2018.pdf>>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Proposta de Emenda à Constituição n. 66, de 27 de maio de 2003. Dá nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal. **Atividade Legislativa**, Projetos de Lei e Outras Proposições. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117100&ord=1>> . Acesso em 26 set. 2018.

_____. Proposta de Emenda à Constituição n. 392, de 28 de abril de 2005. Dá nova redação ao inciso IV do art. 3º e ao inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal. **Atividade Legislativa**, Projetos de Lei e Outras Proposições. Brasília, 2005. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=283593>>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Proposta de Decreto Legislativo n. 224, de 25 de maio de 2011. Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. **Atividade Legislativa**, Projetos de Lei e Outras Proposições. Brasília, 2011. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503973>>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Projeto de Lei n. 6.583, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. **Atividade Legislativa**, Projetos de Lei e Outras Proposições. Brasília, 2013. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Proposta de Decreto Legislativo n. 539, de 06 de outubro de 2016. Susta os efeitos da Resolução nº 01, de 22 de março de 1999, editada pelo Conselho Federal de Psicologia - CFP. **Atividade Legislativa**, Projetos de Lei e Outras Proposições. Brasília, 2016. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113432>>. Acesso em 26 set. 2018.

CAMINO, Leoncio; MORAES, Raquel. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 648-666, set./dez. 2016.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direitos Sociais e Justiça. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 369-382.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequência**. 256 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. UFRJ, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4992792>. Acesso em: 23 set. 2018.

CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007.

CARVALHO, Ernani e OLIVEIRA, Vanessa. A judicialização da política no Brasil: conceitos e paradoxos. Um tema em aberto. In: **3º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, Niterói, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciência Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_09.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

CICONELLO, Alexandre. Os avanços e contradições das políticas de direitos humanos no governo Lula. In: PAULA, Mariline de (org.). **Nunca antes na história desse país...?: um balanço das políticas do governo Lula**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2011. 152 p.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

COACCI, Thiago. **Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012**. 251 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-graduação em Ciência Política. UFMG, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1338672>. Acesso em: 23 set. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução n.001, de 22 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da Orientação sexual. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 mar. 1999. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em 26 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de

união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. **Presidência do Conselho Nacional de Justiça**, 14 maio 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n175-14-05-2013-presidencia.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Provimento n. 73, de 28 de junho de 2018. Dispõe sobre averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). **Corregedoria Nacional de Justiça**, 28 jun 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n73-28-06-2018-corregedoria.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

COUTO, Celi. Backlash: Desvendando o Contra-ataque Antifeminista. **Editorial Café Feminista**. 14 jul. 2013. Disponível em: <<https://cafefeminista.wordpress.com/2013/07/14/backlash-desvendando-o-contra-ataque-antifeminista/>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Ações Constitucionais. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 487-494.

DA ROS, Luciano. Poder de decreto e accountability horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 16, n. 31, p. 143-160, nov. 2008.

_____. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: _____. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew M. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688 p.

ENGELMANN, Fabiano. Elites judiciárias. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 479-486.

ENGELMANN, Fabiano (Org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. 274 p.

ENGELMANN, Fabiano. Para uma sociologia política das instituições judiciais. In: _____ . **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 17-38.

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mancio. Judiciário e política na América Latina: elementos para uma análise histórico-política de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. In: _____. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p.197-220.

EPP, Charles R. **The Rights Revolution**. Chicago: University of Chicago Press, 1998. 326p.

FACHINNI, Regina. **Sopa de letrinhas?: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. São Paulo: Garamond Universitária, 2005. 304 p.

FALUDI, Susan. **Backlash: o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres**. Tradução de Mário Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001. 457 p.

FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e poder judiciário: um encontro teórico. In: _____. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 241-274.

FILGUEIRAS, Fernando. Accountability e Justiça. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 261-268.

FILGUEIRAS, Fernando; MARONA, Marjorie Corrêa. A corrupção, o Judiciário e a cultura política no Brasil democrático. In: BIASON, Rita de Cássia. **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012. p. 99-136.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272 p.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 26 Set. 2018.

KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n.1, p. 81-118, jun. 1994. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/8fba/19fc7a2fe594db646bd0e34479e3132146c2.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2018.

_____. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown University Law Center**, Georgetown, 31 mar. 2011. 12 p. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2/>>. Acesso em 23 set. 2018.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, n. 96, pp. 69-85, jul. 2013.

_____. Prefácio. In: _____. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 7-12.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

KOENER, Andrei; BARATTO, Márcia; INATOMI, Celly Cook. Pensamento Jurídico e Decisão Judicial: o processo de controle concentrado em decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988. In: 31º Encontro Anual da ANPOCS. **Anais...** Seminário Temático 36, Caxambu/MG, 2007. p. 1-42. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-31-encontro/st-7/st32-1/3128-andreikoerner-pensamento/file>>. Acesso em 23 set. 2018.

KOZICKI, Katya. Backlash: as reações contrárias à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. Brasília: UnB, v. 7. p. 192-194, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em 9 maio 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedroso. O caso Roe vs. Wade e o sistema de litígio estratégico nos Estados Unidos. **Consultor Jurídico**, direito civil, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-23/direito-civil-atual-roe-vs-wade-sistema-litigio-estrategico-eua#sdfnote1sym>>. Acesso em 01 jun. 2018.

MARONA, Marjorie Corrêa. Reforma do Judiciário no Brasil. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 535-548.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. 1298 p.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 39, p. 403-429, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332012000200014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 set. 2018.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160455/Constitui%C3%A7%C3%A3o_1988_judicializacao.pdf?sequence=7>. Acesso em 23 set. 2018.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013. 152 p. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/backup/backup-fev-2018/cejus/publicacoes/publicacoes/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf/view>. Acesso em: 23 set. 2018.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acesso em 23 set. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. **Faculty Scholarship Series**, paper 169, p. 1-66, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1168&context=fss_papers>. Acesso em 23 set. 2018.

RIO DE JANEIRO. Decreto-lei n. 220, de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. **Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 21 jul. 1975. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em 26 set. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. 250 p.

SENADO FEDERAL, Projeto de Lei do Senado n. 612, de 29 de setembro de 2011. Altera os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. **Atividade Legislativa**, Projetos e Matérias, Pesquisas. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em 26 set. 2018.

SIEGEL, Reva. Community in conflict: Same-sex marriage and backlash. **UCLA Law Review**, v, 64, Yale Law School, Public Law Research paper, n. 595, 09 fev. 2017. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/siegel_ucla_community_in_conflict_-_final_article_pages_with_space_no_bleed_rev.2.8.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. 878 p.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. 196 p.

STERN, Felice A. Backlash. **American Speech**, v. 40, n. 2, maio 1965, p. 156-157.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. 556 p.

TATE, Neal C. Why the Expansion of Judicial Power. In: _____. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-37.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n, 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf>>. Acesso em 23 set 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**, 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em 31 maio 2018.

VALLINDER, Tate. 1995. When the Courts go marching in. In: _____. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p.13-26.

VAUCHEZ, Antoine. O Poder Judiciário: um objeto central da Ciência Política. In: _____. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. P. 39-56.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, Revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, 2007. p. 39-85.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. 272 p.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política. In: _____. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 207-214.

Anexos

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.⁴⁰ Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade.

⁴⁰ BRASIL. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. **Supremo Tribunal Federal**, Relator: Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em 23 set. 2018.

Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito

de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização

da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.