



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR

FACULDADE DE DIREITO

AMANDA SANTOS SOLANICH

**A GARANTIA DE DIREITOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS FACE À CRISE
REPRESENTATIVA DO PODER LEGISLATIVO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL**

Salvador

2021

AMANDA SANTOS SOLANICH

**A GARANTIA DE DIREITOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS FACE À CRISE
REPRESENTATIVA DO PODER LEGISLATIVO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL**

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2021

A GARANTIA DE DIREITOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS FACE À CRISE REPRESENTATIVA DO PODER LEGISLATIVO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Amanda Santos Solanich¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo avaliar a questão das garantias constitucionais dos casais homoafetivos em face a crise representativa no Congresso Nacional. Em primeiro momento discute os aspectos históricos e jurídicos dessas relações, analisa o instituto das famílias (histórico e características) e seus aspectos normativos aplicados ao casamento LGBT. Por fim, discute a crise representativa como causa do chamado “ativismo judicial” analisando de maneira crítica com base em interpretações de decisões judiciais. O estudo que segue foi construído tomando como base livros, artigos de juristas e decisões dos Tribunais Federais e Superiores.

ABSTRACT: This paper aims to evaluate the issue of constitutional guarantees for same-sex couples in the face of the representative crisis in the National Congress. First, it discusses the historical and legal aspects of these relationships, analyzes the institute of families (history and characteristics) and its normative aspects applied to LGBT marriage. Finally, it discusses the representative crisis as the cause of the so-called “judicial activism”, analyzing it critically based on interpretations of judicial decisions. The study that follows was built based on books, articles by jurists and decisions of the Federal and Superior Courts.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Crise Representativa, LGBT, Casamento, Garantia Constitucional.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS DIREITOS LGBT. 2.1 DO BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS - 2.2 BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO LGBT E SUA INTERPRETAÇÃO COM BASE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 3. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO. 3.1 A PERSPECTIVA DA FAMÍLIA NA

¹Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: amanda.solanich@ucsal.edu.br

² Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Professor da UCSAL. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. - 3.2. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS PLURIFAMÍLIAS. - 3.3 O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS. **4. O CASAMENTO HOMOAFETIVO E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS. 5. A CRISE DE REPRESENTAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. 6. O ATIVISMO JUDICIAL E A DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL DE TEMAS RELEVANTES PARA A SOCIEDADE. 7. ESTUDO DE DECISÕES JUDICIAIS E AS REPERCUSSÕES DA INÉRCIA LEGISLATIVA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS**

1. INTRODUÇÃO

Ao histórico modelo patriarcal de família, não interessava respeitar a questão da afetividade, sendo relevantes apenas uniões que contemplassem os aspectos institucionais, financeiros e políticos. Além disso, esse antigo conceito familiar consagrava apenas um único modelo, o de um pai e uma mãe e filhos, como todo o poder na mão do pai, que era hierarquicamente o provedor econômico e o protetor da família. Nesse modelo não há preocupação com o afeto e a felicidade dos integrantes dessa família, sua formação levava prioritariamente em consideração, o suporte econômico.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma grande mudança no Direito de Família, pois consagrou o conceito de família plural, tendo diversos formatos (Casamento, União Estável e Monoparentalidade Familiar), a igualdade no enfoque jurídico de filiação e consolidou o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Esse reconhecimento plural de família se estendeu para o Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo para esse Estatuto diferentes modelos de núcleos familiares: como a família natural, família ampliada e família substituta.

Esse reconhecimento amplo é uma forma do Estado garantir a felicidade dos diversos arquétipos de família, baseado no princípio da afetividade, pois a Constituição tem a família como a base da sociedade, sendo assim, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), sendo proibido qualquer forma de restrição ou discriminação.

Portanto, esse reconhecimento de que a família não está presa única e exclusivamente ao elemento biológico, pois mais importante que este elemento, são os vínculos psicológicos do afeto, isso faz com que seja admitido dentro do mundo jurídico algo que se encontra concretizado na vida real, e que redundam nas diversas

formas de famílias. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe.

O STF, através da ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, reconheceu o direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos. O impacto causado na sociedade diz respeito ao reconhecimento de sua existência, de sua igualdade, de seus direitos, que estão garantidos pela CF/88, pois a nossa Carta Magna consagra o princípio da igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele; o princípio da liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação; o princípio da dignidade da pessoa humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento.

O caminho da união estável foi o meio encontrado por alguns tribunais brasileiros para, por analogia, reconhecer as relações homossexuais que externassem uma convivência pública, contínua e duradoura, como um núcleo familiar destinatário dos mesmos efeitos jurídicos da convivência estável heterossexual, pois muito embora os dispositivos legais se limitem a regular a união estável entre um homem e uma mulher, não existe qualquer dispositivo de lei impedindo a união entre pessoas do mesmo sexo, quando preenchidos os pressupostos legais, da publicidade e estabilidade.

Assim tal decisão abriu espaço para o reconhecimento judicial da convivência estável homoafetiva, os casais homoafetivos passam agora a ter uma garantia efetiva da proteção constitucional.

O STF, durante essa decisão histórica, conferiu ao 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família, tendo como resultado a validade das decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, e também a suspensão dos processos e dos efeitos de todas as decisões judiciais em sentido oposto.

Diante de todo contexto acima, a presente pesquisa tem o objetivo de responder a seguinte pergunta: através da discussão do ativismo judicial, qual ou

quais garantias dos direitos de casais homoafetivos face à crise representativa do Poder Legislativo no Brasil ?

Com toda a repercussão dessa decisão diversos grupos políticos, alguns que apoiam e outros que são contrários, trouxeram para o debate um tema que gira em torno desse caso, o chamado “ativismo judicial”. Um tema que a sociedade debate, mediante a crise representativa no Congresso Nacional.

Neste sentido, uma breve incursão sobre a palavra ATIVISMO nos permitirá entendê-la como uma atividade político social, com fins de transformação da realidade, através de ações práticas, orquestrada por um fio condutor ideológico. Sua realização no mundo não está adstrita a nenhuma forma específica, tomando contornos próprios de acordo com o momento, lugar, cultura, etc. Não há limites de sua extensão e sua importância nas últimas décadas se confunde com os próprios ideais de libertação e democracia advindas de mobilizações populares, humanísticas, políticas, ecológicas, pacifistas, etc

Assim, conhecendo as potencialidades dessa forma de fazer social, tem-se que a eficácia de suas ferramentas como a promoção de debates, produção de material publicitário e, mais recentemente a divulgação de informações em mídias sociais, são as responsáveis pela necessária visibilidade de temas que terminam por suscitar interesse popular e, conseqüentemente, desembocam nas instituições que centralizam poder de decisão.

Contudo, essa provocação nasce da observação de uma realidade concreta, podendo ter origem em camadas da população ou em autoridades constituídas, sendo certo que a intervenção estatal para regular, atualizar, modificar paradigmas através de leis específicas, nunca acompanham na mesma velocidade, as transformações sociais, que cada vez mais rapidamente mudam as relações humanas.

Por isso, fundamental entender os limites ou aceitabilidade da criação judicial do Direito, posto que o "ativismo judicial" tornou-se um fenômeno concreto e, esse trabalho favorece a compreensão e as discussões sobre o tema, com foco nas garantias constitucionais dos casais homoafetivos em face a crise representativa no Congresso Nacional.

2. OS DIREITOS LGBT

2.1 DO BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS

Para a introdução da temática, cabe uma breve observação: O conceito de homossexualidade na antiguidade, não existia. Isso mesmo, o relacionamento entre pessoa do mesmo sexo era encarado naturalmente pela maioria dos povos e o sexo, não tinha como objetivo exclusivo a procriação. Essa ideia foi inaugurada e difundida pelo judaísmo, aceita e praticada até o século IV pela comunidade judaica e alguns poucos cristãos que existiam. Com a difusão do cristianismo pelo imperador romano Constantino, a religião tornou-se estatal e obrigatória, espalhando-se pelo mundo. Mais tarde o Islamismo difunde-se e com ele o reforço da teoria do sexo para procriação.

A partir desse contexto, que permanece até os dias atuais, diversos movimentos em busca de igualdade e não discriminação, lançaram bases para promoção dos direitos LGBT. Diante do vasto percurso, compreende-se, o direito LGBT e, no segundo momento, a evolução para o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Em termo gerais, o direito LGBT começa a ser tratado no mundo em meados do século passado entre 28 e 29 de junho de 1969, em Nova York, a repressão policial contra homossexuais e travestis, gerou um protesto no bar Stonewall Inn, pois era proibido se relacionar com alguém do mesmo sexo. Esse ato de protesto gerou um movimento de luta por direitos, já no ano seguinte, no aniversário do incidente. As primeiras paradas do Orgulho Gay se iniciaram, razão do mês de junho ser o mês oficial do Orgulho LGBT.

Assim, na década de 70, oito anos após o ato de Stonewall, os Estados Unidos tiveram o primeiro gay eleito para um cargo público, Harvey Milk eleito supervisor da cidade de São Francisco. No Brasil, em 1978, aproveitando os “ventos democráticos”, é fundado no Rio de Janeiro o jornal “Lampião da esquina”, o primeiro jornal do Brasil a abordar de maneira crítica e responsável a questão LGBT.

Em seguida, na década de 80 a luta LGBT por direitos começava oficialmente no Brasil, com um protesto nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo, no dia 13 de junho de 1980, além de que foi ano de fundação do Grupo Gay da Bahia, o primeiro grupo de luta contra a homofobia no país. Nesse período ocorreu o chamado “Stonewall Brasileiro” (1983), quando um grupo de mulheres lésbicas foram expulsas de um bar em São Paulo por divulgarem um jornal ativista sobre o tema.

Após esse evento, em 1985, com os altos casos de AIDS pelo país, a doença é utilizada como justificativa para o preconceito e ignorância, muitos diziam que a AIDS era “um castigo Divino para os homossexuais”, porém o que poderia ser o fim do jovem movimento LGBT foi na verdade motivo de união da luta.

Além disso, na década de 90, a OMS retira a homossexualidade da lista de distúrbios psiquiátricos da sua classificação estatística internacional de doenças, mas foi uma conquista pela metade, pois não abrangeu a transexualidade. É fundado no Rio de Janeiro a Associação de Travestis e Liberados (ASTRAL), primeira organização não governamental na América Latina voltada para pessoas trans, sendo o marco inicial do movimento nacional de travestis e transexuais (1992). Ocorre a primeira marcha do orgulho LGBT na cidade de São Paulo (1997), a primeira marcha pensada e organizada por grupos e Ongs voltadas para a população LGBT. E o Conselho Federal de Psicologia proibiu o “tratamento” da homossexualidade como patologia (1999).

No mais, durante a primeira década do novo milênio, o Ministério da Saúde lança a campanha nacional “Travesti e respeito” (2004), voltada para a cidadania da população travesti e transsexual é considerada a primeira iniciativa nacional contra a transfobia no país. Por isso, 29 de Janeiro é o dia da visibilidade Trans no Brasil.

Em seguida, no início da segunda década do ano 2000, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar (2011). Em 2016, um decreto da Presidente Dilma Rousseff permitiu o uso do nome social para as pessoas Trans, mas é só em 2018 que o STF decidiu que transexuais e transgêneros podem mudar seu nome de registro civil sem necessidade de cirurgia. Em razão da demora do Congresso em adereçar questões que envolviam os direitos LGBT, fez com que o STF enquadrasse a homofobia e a transfobia na lei de crimes de racismo (2019).

No entanto, foi somente em 2020, que o STF declarou inconstitucional as normas do Ministério da Saúde que proibiam homossexuais masculinos de doarem sangue. No que tange ao Casamento LGBT, a questão só é tratada nos tribunais e no Congresso brasileiro no final do século passado, mostrando um atraso em dar resposta às mudanças e as necessidades da sociedade. Eis um breve resumo da Cronologia do casamento gay no Brasil.

Além disso, no final do Século passado, a então deputada federal Marta Suplicy apresentou o Projeto de Lei nº 1.151, que propôs a criação da Parceria Civil

Registrada, assegurando os direitos dos homossexuais (1995). O projeto nunca foi aprovado na Câmara dos Deputados. E o Instituto Nacional de Previdência Social estabeleceu a garantia dos benefícios previdenciários ao(à) companheiro(a) homossexual (2000).

E ainda, no início dos anos 2000, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que as situações relacionadas a uniões homoafetivas devem ser debatidas nas Varas de Família (2008).

Ademais, no início da segunda década dos anos 2000, a Medida que impossibilitava relacionamentos homossexuais públicos envolvendo militares deixou de ter efeito no Brasil. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Assim, homossexuais podem ter os mesmos direitos previstos na lei 9.278/1996, a Lei de União Estável, que julga como entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua”. E com essa medida ocorre o Primeiro casamento homoafetivo do Brasil (Dia Mundial do Orgulho LGBT) que aconteceu em Jacareí (SP), entre Luiz André Moresi e Sergio Kauffmam Moresi (2011). O Conselho Nacional de Justiça determinou que cartórios não podem rejeitar a celebração de casamentos homoafetivos. O Congresso ainda não aprovou nenhuma lei a respeito (2013).

Já em 2017, a CCJ aprovou no Senado projeto de lei que passa a reconhecer o casamento homoafetivo no código civil brasileiro. Com o efeito da decisão do STF, garantindo o casamento entre casais do mesmo sexo, ocorre o aumento da realização dos casamentos homoafetivos em 61,7% em comparação ao ano anterior, segundo o IBGE (2018). Vale lembrar que o Projeto de lei aprovado pela CCJ em 2017 segue em tramitação e sem previsão para ir a plenária.

Com isso, é suficientemente claro que o reconhecimento de direitos básicos dos grupos historicamente excluídos e estigmatizados não tem ocorrido com a devida rapidez e celeridade. Muitas vezes a inclusão jurídico-formal desses grupos se dá por meio dos preceitos legais-constitucionais de proteção e não vem acompanhado com a inclusão social, muito embora essas necessidades já sejam gritantes e evidentes dentro dessa mesma sociedade.

2.2 BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO LGBT E SUA INTERPRETAÇÃO COM BASE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nas últimas décadas, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, por compartilharem afeto e um projeto de vida em comum, muito embora a sociedade ainda enfrente a superação do preconceito e da discriminação, inclusive, o reconhecimento jurídico das suas garantias legais é recente, como se pode ver na cronologia anterior.

Além disso, é importante lembrar que tais relações sempre existiram e sempre irão existir, portanto cabe ao Direito cuidar desse fato social, caso contrário, poderá gerar uma imensa sensação de insegurança, além de se configurar uma indiferença em relação ao Estado mantendo-se ausente em relação a essas questões.

No mais, cabe ressaltar que o tema em questão é bastante complexo, pois muito embora a interpretação decorrente da axiologia e principiologia constitucional eleitas, além das cláusulas gerais de igualdade, também a Constituição não faz referência explícita à questão das diversas orientações sexuais.

Ademais, a ausência de proteção específica leva a conclusão de que os princípios e regras protetivas dos direitos humanos são signos cujo seus significados devem ser constantemente reconstruídos, ao longo da história e avanço social, para que seja sempre a maior ferramenta de proteção ao longo dos anos.

Conforme nos ensina Norberto Bobbio (1993, p. 5):

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo defendendo, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas.”

A partir desses pressupostos, a análise dos princípios constitucionais protetivos da liberdade de orientação e identidade sexual, criando a partir disso o “direito homoafetivo” como maneira de garantir a todas as pessoas seus direitos constitucionais, independentemente de suas práticas sexuais e afetivas.

Além de que, o princípio da dignidade da pessoa humana é a força motriz de todos os outros direitos humanos e fundamentais, conforme as palavras de Jorge Miranda (apus SARLET, 2001, p. 82) : “os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas”.

Sendo assim, é indissociável a ideia de direitos fundamentais e a ideia de dignidade da pessoa humana, pois todos os direitos fundamentais guardam reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana tem destaque no ordenamento jurídico constitucional, pois sua centralidade privilegia a posição do sujeito e suas reais e principais necessidades, passando a incidir sobre os demais princípios constitucionais.

Foi em razão desses fatos, que a nossa jurisprudência pátria decidiu aplicar este princípio, pois se trata de uma matéria que trata de proteção à liberdade de orientação sexual.

Sobre a importância desse princípio, Paulo de Mota Pinto (2000, p. 151-152) afirma:

“A afirmação da Liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana com o valor no qual se baseia o Estado.”

É justamente por essas razões, que por meio das óticas constitucionais da liberdade e igualdade, que a Constituição não interdita a formação de famílias de pessoas do mesmo sexo, pois não existe na Constituição apenas um conceito de família consagrado e protegido pelo mesmo, todas as formações familiares tem proteção constitucional.

Por isso, o STJ aversa que a dignidade da pessoa humana “não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade” e prossegue afirmando que “a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Julgado em 25-10-2011, DJE 1º-2-2012)

Nesta análise da Constituição, nota-se que a questão da orientação sexual dos indivíduos é um assunto de natureza privada, garantindo nesses casos o direito à intimidade e privacidade. Estando assim esse assunto atrelado a liberdade individual, sendo assim impõe ao Estado limites à sua atuação nesse assunto.

Por isso, o inciso X do artigo 5º da Constituição prevê a proteção da intimidade e da vida privada. Ambos tutelam a chamada autocompreensão do indivíduo, sua identidade pessoal e sexual além de suas relações sociais, familiares e amizades. Este artigo, não apenas delimita os poderes do Estado na esfera

individual, como também deve servir como dispositivo impedor de reproduções de preconceito que rotulam e estigmatizam essas famílias.

Outro grande princípio é o da igualdade, que está consagrado na nossa Carta Magna, artigo 5º *caput*, que afirma:

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

O princípio da igualdade prevê que todas as pessoas merecem respeito e consideração, mesmo que façam parte de uma minoria, sendo vedadas diferenciações arbitrárias e absurdas que não encontram justificativas perante as normas constitucionais. Ou seja, esse princípio impõe ao Estado uma postura impessoal, sem selecionar quem deve e quem não deve ser beneficiado ou prejudicado.

Neste princípio, vale lembrar que há duas vertentes: a igualdade perante a lei e na lei, que significa aplicar o direito no caso concreto; e a igualdade na lei, que dispõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

Conforme palavras do Ministro Alexandre de Moraes (2002, p. 65)

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Sendo assim, se a união homoafetiva é baseada nos mesmos pressupostos da união heteroafetiva, que é o afeto e o projeto de vida em comum, negar o mesmo tratamento jurídico configura uma discriminação ilegítima em razão de discriminar essas pessoas e as relações que elas estabeleceram. Não devemos esquecer que o intérprete e a autoridade política não podem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

É por isso que o princípio da Liberdade também tem muito destaque no assunto analisado, pois é a partir dele que se discute a chamada autonomia da vontade, previsto no art. 5º, II, da CF afirma que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Além do mais, a liberdade consiste na escolha de um modo de ser, pensar ou agir, sendo assim a CF/88 consagrou este direito no rol dos direitos e garantias individuais em suas diversas modalidades, modalidade essa que José Afonso da Silva (2008, p. 235) dividiu em cinco grupos: a) Liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação); b) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); c) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); d) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício ou profissão); e) Liberdade de conteúdo econômico e social

Assim, cabe destacar que o art. 5º, II, da Constituição ao afirmar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, traz de forma expressa o princípio da legalidade e o direito à liberdade de ação já de maneira relativizada por aquele.

Por isso, ao analisar o tema sobre a ótica do princípio da Liberdade verifica-se que no Brasil a homossexualidade e as relações homoafetivas são lícitas, pois liberdade, no sentido jurídico, consiste no direito de fazer o que a lei não veda. O Estado não pode negar o reconhecimento, pois além de não prejudicar terceiros, foi tomada por duas pessoas maiores e capazes, na verdade é um dever do Estado Democrático de Direito garantir ao indivíduo o seu direito de escolha e propiciar condições objetivas para que essas escolhas sejam efetivadas.

Ademais, o princípio da Segurança Jurídica também se faz presente no tema, pois envolve a tutela de valores como previsibilidade de condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Valores que são importantes para a estabilidade e a paz social.

Assim, a segurança é a maior garantidora da paz jurídica, pois nele resguarda a confiabilidade e a previsibilidade dos cidadãos de que as condutas por eles praticadas serão garantidas, desde que, obviamente, previstas como condutas lícitas pelo sistema jurídico.

Esta segurança jurídica é um direito fundamental e seu preenchimento valorativo torna-se claro a partir da premissa de que a segurança jurídica citada diz respeito à previsibilidade e a confiança dos cidadãos nas normas presumivelmente válidas, existentes no sistema jurídico em especial, quando estes sentimentos são corroborados por reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma e em razão do quadro de incerteza jurídica em relação às uniões homoafetivas, que foram alimentados por manifestações do poder judiciário em decisões conflitantes, afetou de maneira significativa, as relações entre parceiros e também entre terceiros. Não é privilégio ou novidade que parceiros, sejam eles heterossexuais ou homossexuais, queiram ter previsibilidade em temas que são importantes na relação jurídica em que se encontram, como por exemplo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos. É importante lembrar que todas essas demandas já se encontram equacionadas no Código Civil, no que tange às uniões estáveis.

Por isso tal princípio é importante na garantia de efetivação e estabilidade dos direitos dessa minoria, que até então como se pode ver não tinha nenhuma garantia de estabilidade de direitos já consagrados na Constituição. Deve-se trazer também que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer forma de discriminação (art. 3º, IV da CF/88). Aplicando esse preceito na união homoafetiva, implica dizer que é vedada qualquer forma de discriminação baseada na sexualidade das pessoas.

Este objetivo trazido pela Constituição de “Promover o bem de todos” tem total sintonia com o preâmbulo constitucional, que traz a intenção da Assembleia Constituinte de instituir o Estado Democrático com valores de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Com tudo isso compreende-se que mesmo que não haja norma legal expressa a respeito do tema, a nossa Constituição Federal é apta no auxílio dessa questão, pois tem a tutela dos direitos humanos, que deriva da hermenêutica construída por meio dos princípios constitucionais estruturados em prol dos direitos humanos.

Por fim, no que tange a questão das liberdades garantidas por esses princípios, a liberdade sexual deve ser vista como um direito fundamental, pois está garantido no art. 5º, caput, através do direito à intimidade e privacidade e da proteção da convivência familiar. O direito à igualdade sexual também é garantido pelo caput do art. 5º da CF, pois ela veda a discriminação sexual de pessoas que fazem opções sexual diferentes e permitidas.

Todo esse conjunto de princípios e normas constitucionais, formam um verdadeiro “Direito Homoafetivo”, pois esses mesmos mecanismos servem para

proteger os direitos constitucionalmente garantidos dessa minoria, em razão de que não se deve perseguir de maneira arbitrária pessoas que vivem a sua sexualidade sem agredir terceiros independentemente da opção feita pelos mesmos.

3. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1 A PERSPECTIVA DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente cabe destacar que o legislador constitucional positivou, aquilo que já era costume, mas a sociedade insistia em ignorar, aquilo que de fato já existia, mas a sociedade preferia manter invisível, ampliando o conceito de família e buscando proteger, de forma igualitária, todos os seus membros.

Contudo, ainda que não tenha sido na Constituição que o conceito de família tenha mudado, foi por meio dela que se deu a codificação de valores já sedimentados, reconhecendo a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato, sem a formalidade do casamento.

Ali, os princípios constitucionais deram uma nova perspectiva ao direito de família, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88); isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

Esta nova Carta trouxe também inovação quanto a maneira de compreender a constituições familiares, reconhecendo que elas nascem não necessariamente de um casamento formal, mas podem ser fruto de uma “união estável”, entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º).

Nesta Lei maior é mencionado que a família pode ser constituída por quaisquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º), reafirma a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º) e estabelece o tratamento igualitário dos filhos, sem qualquer designação discriminatória, dando fim a cultura do filho primogênito e as exclusões dos chamados “filhos bastardos”.

Além disso, a Carta Magna menciona os seus princípios norteadores nas relações entre as pessoas e o ente público, as regras de interação e acabou por reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático.

Por isso, ao discutir a questão da família na constituição, Caio Mário (2006, p. 39) afirmou que "*novos tipos de grupamento humano marcado por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos não de ser considerados como novas entidades familiares a serem tuteladas pelo direito*". Acerca disso, questionamentos foram feitos por muitos doutrinadores.

Nessa questão Lobo (2002, p. 4) entende que:

"no caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos"

Atualmente se tem a conclusão de que a Constituição protege sim as novas configurações de famílias, inibindo qualquer discriminação ou exclusão já que a situação jurídica dessas famílias não diverge do modelo tradicional, ou seja a afetividade entre os seus membros.

3.2. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS PLURIFAMÍLIAS.

No âmbito das relações familiares, o Novo Código Civil trouxe diversas mudanças no campo do direito de família, inspirada pela CF/88 reconheceu e regulou diversas situações que já ocorriam no mundo dos fatos, trazendo isso para o meio jurídico como uma forma de buscar a garantia plena de desenvolvimento de todos os membros do grupo familiar, para que possam ser realizados seus anseios e interesses afetivos.

Portanto cabe lembrar que é no contexto constitucional que devemos interpretar e dar aplicação às regras do Direito das Famílias trazidas pelo Código de 2002, até porque nossos Tribunais Superiores assim já têm atuado e passaram a dar a necessária tutela jurídica aos vínculos afetivos, reconhecendo por exemplo a

união afetiva de homossexuais como válida e protegida pelas princípios jurídicos, aplicando a esse grupo o mesmo tratamento dado às uniões heterossexuais.

No que tange as famílias pluriparentais, cabe aqui fazer uma ressalva pois o Código Civil não cita de maneira direta esse modelo familiar, mesmo que esse já seja uma realidade fática. Essa realidade foi possível, após a separação de Estado e Igreja, uma mudança cultural da sociedade, que resultou numa entidade familiar mais forte em detrimento do antigo modelo do matrimônio.

Porém, muito embora o novo Código Civil não tenha buscado abarcar esse modelo familiar nas suas normas legais, atualmente tal mudança tem ganhado a chancela da justiça, pois se o Poder Legislativo ignora a realidade social vigente, essa realidade “bate às portas” do Poder Judiciário como última instância na busca da efetivação de direitos e resolução de conflitos.

Conforme as palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 1)

“A mudança recebeu a chancela da Justiça e acabou impondo a construção do sistema jurídico sob a ótica da pluralidade. Aliás, é como que sempre acontece. As situações que não encontram previsão na lei batem às portas do Judiciário. O juiz, que não consegue chancelar injustiças, encontra formas de enlaçar no âmbito jurídico o que o legislador não previu. Se por desleixo, se por preconceito, não importa. O fato é que a Justiça não pode simplesmente condenar à invisibilidade e negar tutela ao que refoge do modelo engessado na legislação. Esta postura dispõe de nítido caráter punitivo, pois deixa de reconhecer direitos sob a justificativa de o comportamento escapar do modelo recomendado na lei.”

Conceituando esse modelo, a família mosaica, também conhecida como famílias de continuação é aquela “constituída depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas” (DIAS, 2016, p. 145).

A referida autora esclarece ainda que que “a ausência de um nome, por si só, mostra a resistência que ainda existe em aceitar essas novas estruturas de convívio” e prossegue definindo a família mosaico como sendo aquela caracterizada pela “multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de independência” (DIAS, 2016, p. 147).

Exemplificando de maneira mais aprofundada, a convivência de parentes colaterais recebe o nome de família pluriparental, assim tios e sobrinhos que vivem em conjunto constituem família pluriparental, valendo igualmente para irmãos e primos que mantêm convívio familiar. Também se encaixam no modelo os vínculos que se estabelecem com mais de duas pessoas que possuem funções parentais.

Estas realidades são cada vez mais comuns, principalmente em casos em que são utilizadas técnicas de reprodução assistida, em que mais de uma pessoa faz parte do processo procriativo. Sendo assim, não se deve negar a repercussão jurídica da família pluriparental no meio social.

Nestas novas configurações familiares se reconhece que o filho tem mais de dois pais, o que lhe garante direitos com relação a todos e, por isso, todos devem assumir os deveres decorrentes do vínculo pluriparental.

Com a Constituição outorgando e protegendo essa configuração de família, não surpreende que essa mesma proteção seja dada aos casais homoafetivos, vale lembrar que o Poder Judiciário garantiu o direito desses casais de adotarem filhos utilizando métodos que atinjam essa finalidade, pois tanto as famílias pluriparentais e as famílias formadas por casais homoafetivos se encontram em igual condição de relação jurídica e devem ser tratadas com igualdade.

3.3 O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

O Estatuto das Famílias é um projeto de lei que busca acolher todas as famílias formadas por meio de laços afetivos independentemente dos gêneros que a mesma compõe.

O Estatuto reconhece expressamente o casamento e a união estável entre pessoas, sem distinção de sexo, sem a necessidade de serem um homem e uma mulher obrigatoriamente.

A razão disso se dá porque a cultura jurídica do Brasil exige que essas garantias estejam presentes na legislação de maneira expressa. Sendo assim, e aproveitando as interpretações proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, se buscou criar uma legislação mais inclusiva, protegendo todos os indivíduos em iguais situações jurídicas.

O texto do Estatuto das Famílias foi proposto no Projeto de Lei (PL) 3.369, de 2015 pelo deputado Orlando Silva (PCdoB/SP), porém por ser alvo de muitas críticas foi retirado de pauta sob a alegação de que ainda não erra o momento mais adequado e favorável para esse tipo de discussão.

As críticas ao Projeto foram feitas por deputados do PSL que acabaram por polemizar a questão e, muito embora o relator do projeto Deputado Túlio Gadelha

(PDT/PE) tivesse apresentado um substituto para não deixar margem para as controversas, ainda sim o Projeto foi retirado de pauta.

Com a decisão de retirada de pauta, o presidente à época da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Helder Salomão (PT-ES) declarou que: “O processo legislativo existe justamente para que os textos propostos passem pelo crivo do contraditório e sejam amadurecidos. Nesse sentido, comunico que retirei o PL 3.369/2015 da pauta, a pedido do relator, para aprimoramento de sua redação por meio da elaboração de substitutivo”, afirmou também que o projeto “tem sido objeto, nas redes digitais, de interpretações distorcidas”.

O autor do Projeto Orlando Silva (PCdoB/SP) também declarou que: “Houve um tempo em que se debatia o Estatuto da Família com a visão, ao meu ver absolutamente conservadora, que concebia família apenas como a reunião de homem e mulher. Ao meu ver, no tempo presente, nós devemos reconhecer todas as relações baseadas no afeto e no amor, sem distinção de orientação sexual, respeitando os laços homoafetivos”.

O Estatuto buscava abarcar toda a organização das estruturas familiares, sem dar a essa estrutura um "modelo ideal" de família, sendo constituído pelos seguintes títulos: I) Disposições Gerais; II) Das Relações de Parentesco; III) Das Entidades Familiares, sendo este título subdividido em: Das Disposições Comuns, Do Casamento; Da Capacidade para o Casamento; Dos Impedimentos; Das Provas do Casamento; Da Validade do Casamento; Dos Efeitos do Casamento; Da União Estável; Da Família Parental; Das Famílias Recompuestas; IV) Da Filiação; V) Da Adoção; VI) Da Autoridade Parental; VII) Da Convivência Familiar; VIII) Da Alienação Parental e do Abandono Efetivo; IX) Dos Alimentos; X) Do Bem de Família; XI) Da Tutela e da Curatela; XII) Do Processo e do Procedimento; XIII) Do Procedimento para o Casamento; XIV) Da Ação de Divórcio; XV) Do Reconhecimento e da Dissolução da União Estável; XVI) Da Ação de Separação de Corpos; XVII) Da Ação de Alienação Parental; XVIII) Dos Alimentos; XIX) Da Averiguação da Filiação; XX) Da Ação de Interdição; XXI) Dos Procedimentos dos Atos Extrajudiciais; XXII) Das Disposições Finais e Transitórias; revoga o Livro IV da Lei nº 10406/02 (Código Civil) e dispositivos do Código de Processo Civil e da legislação correlata.

Ainda sobre o Estatuto, uma consulta pública foi promovida pelo Senado Federal, constatando 884 votos a favor do Projeto e 553 votos contra, mostrando que a sociedade já encara esse tema com uma normalidade maior, pois aqui cabe

repetir que a grande maioria das famílias Brasileiras não está mais enquadrada no modelo tradicional de família “Pai, Mãe e filhos” além de demonstrar que o Congresso Nacional não está conectado com a realidade do povo Brasileiro.

Cabe aqui recordar que os que atacaram o Estatuto das Famílias, são os mesmo que apoiam o chamado “Estatuto da Família” (Singular), projeto esse que omite os casais homossexuais no conceito de família e determina que as escolas respeitem as convicções dos pais em temas de educação moral, sexual e religiosa. Além de querer reverter a decisão do STF que reconheceu a união dos casais homoafetivos mudando a interpretação feita até então do artigo 1.723 do Código Civil, onde está escrito que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”.

4. O CASAMENTO HOMOAFETIVO E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS

O julgamento da ADI nº 4. 277 e da DPF nº 132, que em razão de terem fundamentos semelhantes foram julgados em conjunto, é um exemplo de aplicação de princípios constitucionais nas relações privadas. Deixando nítido que a Constituição não comporta nenhum significado ortodoxo ao conceito família, sendo assim a interpretação legal não deve ser reducionista devendo a família ser reconhecida na sua pluralidade.

Com essa decisão, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é realizado desde 2013, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Resolução 175, obrigando os cartórios a realizarem esse tipo de união. Não sendo mais uma exclusividade dos casais heterossexuais.

Não se deve esquecer que tal decisão gera diversos efeitos jurídicos para os indivíduos que fazem parte dessa relação jurídica, uma dessas situações é a questão do regime de bens onde os efeitos patrimoniais quando esta for reconhecida como união estável aplica-se o conjunto de regras relativas aos regimes de bens da união estável que se encontram no Código Civil (art 1.725), na Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96, e quando for o caso de conversão em casamento (art 1.726) do Código Civil ou até mesmo celebração de casamento civil se aplica as regras referentes ao regime de bens do casamento (art 1.639 a 1.688) do Código Civil.

Cabe aqui citar também a obrigação alimentar como base na solidariedade social e familiar, buscando assim afirmar a dignidade humana entre as pessoas do mesmo núcleo familiar.

Além disso, se discute também os direitos sucessórios onde no momento da morte de um dos cônjuges, o consorte viúvo será chamado para participar do recolhimento da herança em conformidade com o Código Civil, vide o disposto nos artigos 1.694 e 1.725.

É também assegurado aos casais homoafetivos o direito de adoção, sem discriminação em relação aos casais heteroafetivos, pois o que a lei busca é o melhor interesse da criança, onde a criança encontre uma família substituta que a acolha e abrigue, que lhe dê afeto e atenção, seja qual for a orientação sexual, assegurando igualdade entre os candidatos a adoção.

Vale lembrar que a dissolução dessas uniões pode ocorrer a dissolução involuntária, em razão de nulidade do próprio ato, ou em razão de morte, assim como pode ocorrer dissolução

5. A CRISE DE REPRESENTAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Antes de abordar a questão da crise de representação, cabe aqui lembrar que o representante eleito pelo povo deve se ocupar das grandes questões sociais da nação, visando o benefício da sociedade como um todo e não somente do grupo em específico, pois se assim fosse viveríamos em uma espécie de oligarquia, onde um grupo seleto de pessoas tem o poder das decisões de toda uma nação.

Os meios de comunicação e os cientistas sociais e políticos falam da existência de um mal-estar no modelo representativo formal, identificando que algo está errado, seja no formato ou seja na prática, do exercício do poder político por representantes.

A palavra crise é utilizada como indicativo de que algo não anda bem, se aplicado ao campo político indica que algo não está bem no modelo político representativo e na atuação dos representantes. Ao abordar a questão da representação, Dominique Leydet (p 67, 2004) aponta dois modelos distintos de conceituação da representação distinguindo o que chama de representação iminente e representação de mandato.

A autora associa cada um desses modelos de representação a um modelo de exercício de política, sendo a representação eminente ligada ao modelo republicano, com foco na sociedade como totalidade; enquanto a representação-mandato se associa ao modelo liberal, no qual os interesses individuais devem prevalecer por serem parte integrante (e conformadora) da sociedade.

Conforme trecho dessa autora: “A representação eminente e a representação-mandato constituem, assim, dois eixos opostos que permitem situar diferentes modelos possíveis da representação, segundo deem mais importância a um desses conceitos que a outro, ficando entendido que não se poderia encontrar nenhum modelo que se constitui se apenas a partir de um desses eixos”.

Com isso, fica claro que os modelos de representação se complementam e que o papel dos representantes é de discutir as questões nacionais e também atender aos interesses do seu eleitorado. Sobre esse tema Gomes Canotilho (ano, p.) esclarece que:

“A representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz, porém, a uma simples delegação de vontade do povo. A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus actos, pois só quando os cidadãos (povo), para além de suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos actos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes actos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material”.

O autor identifica também algumas ideias que fazem parte da representação democrática material: a) representação como cuidado; b) representação como disposição para responder; e c) representação como processo dialético entre representantes e representados com o propósito de atualização dos anseios populares.

Com esses parâmetros é possível considerar que poderá haver divergência, incompatibilidade e até mesmo uma baixa qualidade de representação se houver o distanciamento entre o trabalho do representante do povo (elaboração de projetos de lei, votações e etc) e as necessidades reais da população. A inexistência dessa relação gera um grande desvio de representação democrática.

O atual modelo representativo apresenta esses sintomas, exatamente pelo fato de não conseguir acompanhar as demandas que os grupos sociais mais marginalizados têm colocado perante a sociedade. Basta olhar o quadro representativo que se tem na política em detrimento a grande maioria da população.

O serviço de estatística do TSE apontou que das candidaturas cadastradas, houve uma predominância de candidaturas de homens brancos. No que se refere ao gênero, 68,4% das candidaturas foram de homens, contra 31,6% das candidaturas femininas. Já no que se refere à cor/raça, os brancos titularizam 52,4% das candidaturas enquanto todas as outras variações étnicas ocuparam 47,6%.

A distância representativa cresce ainda mais quando se observa o resultado do pleito com a composição da sociedade. O total de homens eleitos são 84,9% da composição da Câmara dos deputados, enquanto as mulheres representam 15,1%. No que se refere ao critério de raça/cor, os brancos correspondem a 75% enquanto todas as demais etnias reunidas correspondem a 25% da Câmara.

Quando se olha o perfil do eleitorado Brasileiro, as mulheres são 52,5% do eleitorado apto a votar, enquanto os homens são 47,5%. No critério cor/raça, os negros (pretos e pardos) são 56,1% da população brasileira. Mostrando que a “fotografia” do congresso nacional é diferente da “fotografia” da população que eles representam.

Sendo assim, a crise de representação no campo político se deve em razão de ainda não se ter uma diversidade real no campo político, que ao que parece parou no tempo, mostrando que as oportunidades de entrada no campo político ainda não são iguais para todos, e a culturas dos partidos ainda é arcaica que lançam políticos para disputar eleições com o mesmo estereótipo “Homem, Branco e Hetéro”.

Devemos buscar uma democracia representativa no sentido material, ampliando a participação popular pelos meios que a CF/88 já admite e buscar novas formas de representação social, onde as grandes decisões legislativas passem pelo crivo popular, além de uma renovação dos partidos no que tange as figuras de liderança dentro dessas organizações.

6. O ATIVISMO JUDICIAL E A DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL DE TEMAS RELEVANTES PARA A SOCIEDADE

Inicialmente, cabe aqui lembrar que antes da CF/ 88 o controle de constitucionalidade era feito de forma difusa em julgamentos de casos concretos, porém também poderia ser feito de forma concentrada onde só poderia ser movido pelo Procurador - Geral da República, sendo este controle bem mais restrito do que é atualmente.

A Constituição Federal também trouxe mecanismos para o exercício do controle de constitucionalidade como por exemplo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, o Habeas Data e a ação declaratória de constitucionalidade.

Com a ampliação do rol de legitimados a atuar em medidas de controle de constitucionalidade, antes algo que exclusivo PGR, passou a ser legitimado também órgãos públicos, partidos políticos e entidades de classe. Com isso, essas instituições passaram a judicializar temas de alta relevância social.

Sendo assim o Poder Judiciário passou a concretizar certos princípios constitucionais, e interferir através das suas decisões judiciais nas questões que eram imprescindíveis para a sociedade, enquanto o Congresso Nacional estava totalmente “adormecido” para essas questões.

Essa situação ficou mais agravada durante o século XXI e não se deve esquecer que o chamado “Ativismo Judicial” não é algo exclusivo do Brasil conforme as palavras do Ministro Barroso.

“Foram imposições dos novos tempos e de novas realidades. A Constituição, progressivamente, passou para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o bom e velho Código Civil, depois efetivamente substituído por um novo. A centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito – isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição – e uma judicialização abrangente.”

O Ministro distingue judicialização de ativismo. Ela se refere à possibilidade de ir à Justiça em busca da concretização de um direito, já o ativismo diz respeito a uma atuação expansiva do judiciário. O mesmo também diferencia em dois tipos, a quantitativa, que se refere a um crescimento exacerbado do número de processos no país, e a qualitativa, que se refere ao fato de que as grandes questões nacionais passaram a ser resolvidas pelos tribunais.

Portanto, com toda essa amplitude dada ao controle de constitucionalidade, o Judiciário passou a ter uma maior relevância, principalmente o STF, que é o nosso “Guardião da Constituição” e que por meio dessa atuação tomou diversas decisões importantes para a sociedade, como por exemplo a limitação do foro por prerrogativa de função, a dispensa de prévia autorização para divulgação de biografia, a permissão para aborto de anencéfalos, as cotas para minorias e a descriminalização do uso de drogas.

Nota-se que o que se tem na realidade é o Poder Judiciário sendo instigado a decidir, pois com a ausência do Legislativo em discutir a sociedade precisa de uma resposta aos seus conflitos, e encontra no Judiciário o único capaz de apresentar uma solução para as suas demandas.

Além disso, percebe-se que o que o Judiciário tem feito é dar interpretação constitucional às normas existentes, além de aplicar os princípios constitucionais nos casos concretos onde não se tem norma jurídica específica.

Ou seja, aqueles que falam no termo “ativismo” na verdade fazem uma análise errônea e inverídica da realidade, pois o que existe é uma total dormência do Poder Legislativo, fazendo com que o Poder Judiciário atue e aplique as normas e os princípios constitucionais nos conflitos e discussões sociais que é dinâmica e diversa em todos os seus campos, embora as suas instituições representativas tenha estacionado no tempo.

7. ESTUDO DE DECISÕES JUDICIAIS E AS REPERCUSSÕES DA INÉRCIA LEGISLATIVA.

Como se pode notar, ficou a cargo do STF em razão da total ausência do Legislativo, as decisões que mais urgiam para a sociedade, pois a sociedade “batia às portas” do Judiciário em busca de soluções e sabendo que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição declarado no art 5º XXXV garante que “*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, não se restou outra alternativa a população a não ser judicializar.

Uma das grandes decisões do STF, foi a de que as cotas raciais eram constitucionais na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 onde ficou instituído que “*Políticas de ações afirmativas baseadas em critérios étnicos para promover maior acesso de pessoas negras aos bancos de universidades públicas são constitucionais e necessárias para corrigir distorções culturais históricas existentes no Brasil.*”

A descriminalização do uso de drogas também foi uma importante decisão do Supremo Tribunal onde se decidiu, durante a discussão a respeito do o artigo 28 da Lei 11.343/2006 que “*a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde*”.

Cabe aqui citar também a decisão que ficou conhecida como “o julgamento mais importante de toda a história da corte”, onde o STF decidiu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não pode sequer ser chamada de aborto, sendo

assim, em caso de feto anencéfalo os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer espécie de crime.

Não se pode esquecer também da decisão histórica, que é tema deste trabalho, do julgamento da ADI 4.277 em conjunto com a ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva, até então não reconhecida e muito menos citada dentro do novo Código Civil de 2002.

Diante desses exemplos fica evidentemente claro que o Judiciário foi a instituição que se encarregou de dar respostas às diversas mudanças na sociedade, além de ter sido o maior garantidor dos preceitos constitucionais aos grupos marginalizados, aplicando assim as garantias que a Constituição já admitia.

No caso das cotas raciais o que foi aplicado foi simplesmente o princípio da Equidade, pois em razão desse grupo ter sido discriminado ao longo da história, os mesmos não conseguiram ter acesso às mesmas oportunidades que as pessoas de cor branca tinham. Sendo assim, as cotas raciais são apenas uma forma de se garantir um maior acesso às oportunidades aos jovens negros, já que ainda existem muitas barreiras para esse grupo.

Na discussão sobre a descriminalização do uso da maconha, o que se considerou diante do caso concreto foi que a proibição da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade, pois era uma decisão do particular por em risco a sua própria saúde além de que muito embora a sociedade possa entender como ruim, não era ilícito sendo um problema de saúde pública e não de polícia.

Observando a decisão que permitiu a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, o que se concluiu foi que não se trata de aborto porque não há a possibilidade de vida do feto fora do útero, e se não há de fato vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos da gestante.

E no caso da união homoafetiva, o que se buscou aplicar nesse caso concreto foi o Princípio da Igualdade que o art 5º da Constituição Federal garante que "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*", sendo assim, o STF entendeu que não era viável tratar de maneira diferente casais que estavam em iguais situações jurídicas em razão da sua sexualidade.

Conclui-se que o resultado da inércia do Poder Legislativo foi exatamente uma maior participação do Poder Judiciário nas decisões de alta relevância social, se convertendo no maior garantista e efetivador das garantias constitucionais, coisa que deveria estar a cargo do Legislativo, responsável por ouvir as demandas sociais e dar uma resposta eficaz, acompanhar as mudanças sociais, pois como se fala “O Poder Judiciário olha para o passado, o Executivo para o presente e o Legislativo para o futuro”.

É importante constatar também que essas decisões citadas, em nenhum momento, podem-se observar cunho político-partidário, todas essas decisões observaram critérios jurídicos constitucionais, para que fossem solucionados de maneira mais justa e célere. Ou seja, muitos daqueles que tentam afirmar que existem interesses políticos por trás dessas decisões na verdade querem manter um modelo arcaico e fechar os olhos para o fato de que a sociedade é dinâmica em suas relações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário atual não só do Brasil, mas também no mundo, é de que se tem um modelo representativo que precisa ser revisado para que se torne cada vez mais parecido com a população que representa, além de ampliar a participação popular em determinadas situações, para que assim se busque maneiras de se superar a crise representativa que está configurada.

Ao aplicar essa realidade na vida dos casais homoafetivos, vê-se que o que se tem é ainda uma busca por efetivação de direitos básicos, pois atualmente para poderem afirmar esse reconhecimento os casais LGBT só tem como garantia essas decisões que o Poder Judiciário proferiu, na busca de aplicar e afirmar seus direitos garantidos pela Constituição.

Considerando que a cultura jurídica é de que todos os direitos estejam expressamente escritos nos Códigos, para que assim a segurança jurídica seja preservada, não é o que se tem no caso dos LGBT, pois não existe nenhuma lei expressa que lhes dê qualquer garantia no tanque aos casamentos e o reconhecimento de todos os efeitos que o casamento traz.

Com isso as garantias que os casais homoafetivos têm, são as decisões judiciais que asseguram seus direitos constitucionais, e como este trabalho

demonstrou isso se deu desde a pensão pós morte até o reconhecimento do casamento. E o que se conclui é que a decisão dos tribunais não é mero “ativismo” mas sim uma efetivação das garantias constitucionais a esse grupo tão marginalizado.

Portanto, é preciso fazer com que essa luta nos tribunais se converta também numa luta dentro dos plenários das casas legislativas, pois somente assim a legislação irá avançar e se modernizar efetivamente, dando resposta aos anseios sociais, e não deixando invisíveis aqueles que muitos setores da sociedade querem inviabilizar. Pois para termos cidadania é preciso que o Estado olhe para todos os seus cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BARBOSA, Marina. **Estatuto Das Famílias é questionado e sai da pauta para ganhar novo parecer.** Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/direitos-humanos/estatuto-das-familias-e-questionado-e-sai-da-pauta-para-ganhar-novo-parecer/>> Acesso em 10 de nov. 2021.

BILCHES, William, md. **Estatuto da Família ou das Famílias ?** Entenda a diferença e o que pode ser aprovado no Congresso. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/estatuto-da-familia-ou-estatuto-das-familias-entenda-a-diferenca/>> Acesso em 10 de nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 19 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Corine. **Direito de ação:** Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdiacao#:~:text=5o%2C%20XXXV%2C%20declara%20que%3A,antes%20da%20concretiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20les%C3%A3o.>>> Acesso em 21 de nov. 2021 .

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. (16ª reimp.) Coimbra : Almedina. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em <<http://www.berenedias.com.br>> Acesso em 08 de nov. 2021.

FERRAZ, Carolina V. **Série IDP - Manual do direito homoafetivo**, 1ª Edição.. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013.

GALLI, Marcelo. **Julgamento sobre criminalização do porte de drogas para consumo é adiado no STF**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-set-10/teori-zavascki-vista-julgamento-porte-drogas-adiado>> Acesso em: 22 nov. 2021 .

H AidAR, Rodrigo. **STF permite interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-abr-12/supremo-permite-interruptao-gravidez-feto-anencefalo?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook> Acesso em: 22 nov. 2021.

H AidAR, Rodrigo. **Supremo decide que cotas raciais são constitucionais**. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/supremo-tribunal-federal-decide-cotas-raciais-sao-constitucionais>> Acesso em: 22 de nov. 2021

LEYDET, Dominique. **Crise da representação: o modelo republicano em questão**. In: CARDOSO, Sérgio (org.). Retorno ao Republicanismo; 1 ed. pp.67, 81 a 84, Belo Horizonte: UFMG, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<https://www.mundojuridico.adv.br/>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição. Rio de Janeiro. Revista Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Babi, md. **Casamento gay no Brasil: O que diz a lei e os direitos de um casal LGBT**. Disponível em:<<https://www.zankyou.com.br/p/casamento-homoafetivo-no-brasil>> Acesso em 08 de nov. 2021.

NETO, Wilson Feitosa de Brito, md. **Democracia representativa, vício e crise de representatividade** - a distância entre representantes e representados. Disponível em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/democracia-representativa-vicio-e-crise-de-representatividade-a-distancia-entre-representantes-e-representados/#_ftn4> Acesso em 21 de nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Portugal-Brasil Ano, 2000.

RODAS, Sérgio. **Fortalecimento do controle de constitucionalidade estimulou ativismo**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2018-out-05/fortalecimento-controle-constitucionalidade-estimulou-ativismo>> Acesso em 22 de nov. 2021.

SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros, 2008. TSE – estatísticas eleitorais. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. consultado em 21 de Novembro de 2021.

Valença, Ferraz,, C. e Leite, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2015.

VIEIRA William, md. **Linha do tempo dos direitos LGBT: A luta nunca termina**. Disponível em: <<https://gamarevista.uol.com.br/semana/orgulho-de-que/linha-do-tempo-direitos-lgbt-no-brasil-e-no-mundo/>> Acesso em 08 de nov. 2021.

WAGMACKER, Lea. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/50302/o-principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro#:~:text=A%20seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%2C%20sem,sistema%20jur%C3%ADdico%20e%20especialmente%2C%20quando>> Acesso em 22 de nov. 2021