

O PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AOS CASAS HOMOAFETIVOS

Igor Ramos Rosa*

Renat Nureyev Mendes**

Sumário: 1 Introdução; 2 A democracia e a atuação do Judiciário. 3 O Princípio majoritário e o controle de constitucionalidade; 4 O princípio contramajoritário e a proteção à minoria; 5 Homossexualidade e união homoafetiva; 6 Considerações finais.

Resumo: Esse trabalho tem como escopo-magno o de ilustrar o funcionamento do princípio contramajoritário, bem como a sua utilização pelo Poder Judiciário no Brasil. Mas, para uma melhor compreensão do princípio em questão, é mister elucidar outros temas relativos a este, tais como a democracia, o controle de constitucionalidade, o princípio majoritário, entre outros. Portanto, em um momento inicial, aclarar-se-á esses temas, de modo a facilitar o entendimento do princípio base do trabalho, qual seja, o contramajoritário. A seguir, a breve explanação sobre o princípio contramajoritário será feita, assim como a explicação do manuseio dessa ferramenta pelo STF. Por fim, de modo a exemplificar o uso desse instrumento, no Direito brasileiro, pelo Poder Judiciário, pensou-se, aqui, em contar e analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e na ADPF 132 à luz do Direito Constitucional.

Palavras-chave: União homoafetiva. Poder Judiciário. Princípio contramajoritário.

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho – FADISA. Pós-graduado em Direito Público pelas Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros (FIP-Moc); e em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Email: igorramosr@hotmail.com

** Graduado em História pela Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes. Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho – FADISA. Pós-graduando em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela Unimontes. Email: renatnureyev@yahoo.com.br

1 Introdução

Sabe-se que a “homossexualidade” existiu desde a antiguidade; e, ademais, aqui no Brasil não foi diferente. Desde o início da sua história existiram indivíduos com uma orientação sexual diferente e, na época, atípica. Sendo assim, por que a Constituição Federal de 1988, a última Carta-Magna brasileira, já no final do século XX, não trouxe em seu texto a possibilidade de uma nova família composta de pessoas do mesmo sexo? Por que foi o poder judiciário, e não o legislativo, que teve, décadas depois, de resolver essa situação de uma forma contramajoritária? Tem-se aqui como escopo maior, a resposta desses questionamentos.

Mas, pretende-se ainda, através de pesquisa bibliográfica, mostrar como funciona a questão da democracia, do controle de constitucionalidade, do princípio majoritário e do princípio contramajoritário do Poder Judiciário.

Nas últimas décadas, principalmente com o advento do terceiro milênio, as discussões sobre a questão da União Homoafetiva foi se intensificando, e isso foi percebido pelo Poder Judiciário brasileiro, que foi provocado, estando, deste modo, em conformidade com o princípio da inércia, a iniciar um debate, por meio de seu Supremo Tribunal Federal (STF), em um julgamento conjunto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), para tentar “solucionar” essa questão.

Para isso, o judiciário teve de utilizar um mecanismo próprio que, definitivamente, só pode ser usado por ele mesmo, qual seja, o *poder contramajoritário*. Este tem o objetivo de contribuir com o controle de constitucionalidade, mesmo indo “contra” o interesse da maioria dos Cidadãos (Princípio majoritário – de suma importância na democracia hodierna).

Aqui, nesta oportunidade, a fim de cumprir com os propostos escopos, e de modo a facilitar a leitura dos interessados, optou-se por dividir, de maneira didática, este trabalho em quatro distintos momentos. No primeiro, buscou-se falar, de modo sucinto, da democracia e da atuação do Poder Judiciário dentro dela, pensando se ele deveria ser mais ou menos ativo dentro da esfera política da sociedade.

Abordou-se, a seguir, em um segundo instante, o controle de constitucionalidade, além de seu conceito e utilidade; e, outrossim, foi mostrado o que é, e como se dá o princípio majoritário.

Na terceira parte deste trabalho, cumpriu-se discutir o princípio inverso ao citado, isto é, o *contramajoritário*; além de ilustrar como e por que é feita a utilização desse princípio pelo Poder Judiciário, mostrando como aconteceu a discussão a respeito da União Homoafetiva aqui no Brasil, para se exemplificar a utilização, do princípio supracitado, pelo Poder Judiciário.

Em um quarto e último momento, pensou-se em desenvolver o tema “Homossexualidade e União Homoafetiva”. Pretendeu-se, nessa parte, refletir acerca de algumas questões, indiscutivelmente de importância *sine qua non*, buscando, ademais, as suas respostas na história.

Por fim, é importante deixar claro que nesse trabalho não se pretende analisar o conteúdo da decisão (da ADI 4277 e da ADPF 132), nem sua constitucionalidade, e apenas o STF e o seu sazonal caráter *contramajoritário*.

2 A democracia e a atuação do Judiciário

Primeira consideração importante é que, em razão da importância do poder simbólico da democracia, raramente um Estado Nacional não se declara democrático, posição que é compartilhada por Kelsen (2000) e Bonavides (2012), entretanto, não é a autodeclaração que irá transformar um país em um Estado democrático.

O que vai se discutir são as bases que um Estado precisa construir para ser reconhecido como um Estado democrático.

Dessa forma, o Estado deverá reconhecer e respeitar a liberdade do indivíduo, mais do que isso, deverá o Estado estar preparado para conciliar a existência (e interesses) de grupos de maiorias e de minorias.

Uma consequência direta das relações sociais é a união dos indivíduos que possuem os mesmos ideais, criando verdadeiras organizações de interesse comum. De forma invariável uns terão mais forças que outros. Mais provavelmente, um grupo tornar-se-á maioria, e outro(s) minoria(s).

O Estado que se diz verdadeiramente democrático, obrigatoriamente, deverá estar preparado para conciliar estes grupos nos momentos de deliberação, e, se for necessário, utilizar instrumentos que permitam a real existência e força dos grupos minoritários, para que

haja democracia, e não, autoritarismo das maiorias.

Kelsen (2000) é enfático na importância da proteção dos grupos minoritários. No momento de deliberação, a escolha, de preferência, deve ser resultado de votações por maioria qualificada, quando não unânime, pois assim estaria garantindo os direitos de mais indivíduos. E diz, textualmente, sobre a importância da existência da minoria e o respeito que deve ser cultivado a ela:

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

Logo, um Estado Democrático, preservará os interesses da maioria e a existência, os direitos e os interesses da minoria.

Kelsen (2000, p. 40), ainda, relata que este Estado Democrático terá como parâmetro eleitoral a existência (e preponderância no jogo político) de partidos políticos ao dizer que “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”. E diz ainda, que “Eleições democráticas são aquelas que se fundamentam no sufrágio universal, igualitário, livre e secreto” (KELSEN, p. 142).

Percebe-se que a visão de Kelsen sobre a democracia é a que se encontra descrita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Sistema eleitoral, com a sua forma de eleições, por exemplo, é ilustrativo da busca, do Brasil, pelo reconhecimento da democracia no país. Mas democracia não se esgota como forma de um Estado. Percebe-se, e com maior força, a democracia nas relações interpessoais.

Afirmar a existência de princípios democráticos nas relações interpessoais é dizer que o indivíduo, ao se relacionar com outro, busca respeitar (ou tolerar) as diferentes concepções, buscando no reconhecimento do outro como aquilo que será capaz de se reconhecer como indivíduo sujeito de direitos.

Logo, democracia é muito mais do que como o Estado trata o seu cidadão, é também uma atitude de alguém para o com o Estado e para com seu semelhante (ou o outro desconhecido a que ele respeita e quer conhecer).

Mostra-se necessário a análise da verdadeira função da Constituição, e como a jurisdição constitucional deve se comportar diante da Constituição.

Para isso, abordam-se duas teorias: a Procedimentalista e a Substancialista.

Segundo Streck (2012), os defensores da teoria substancialista, que também podem ser chamados de materiais-substanciais, “defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional” (STRECK, 2012, p. 81), no sentido de promover a efetivação das normas constitucionais, sobretudo em momentos de omissão dos poderes Executivo e Legislativo. Já, para os Procedimentalistas, também chamados de processuais-procedimentais, “a Constituição tem a função de somente limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais” (STRECK, 2012, p. 81).

Streck (2012, p. 81-82) alinha-se aos defensores das teorias materiais-substanciais, pois:

trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contencioso que une política e direito.

Além de considerar que essa posição coloca maior força normativa na Constituição e, outrossim, possibilita que o Poder Judiciário tenha legitimidade para atuar de forma concretista quando detectado a falta nos demais poderes.

Aos adeptos da teoria procedimentalista, a atuação concretista do poder judiciário mostra-se nociva, havendo quem apresentasse uma tese de procedimentação da Constituição, conforme se observa no trecho que se segue:

Nessa altura, surgem inúmeras críticas ao perigo que apresenta certo grau de “ativismo judicial” e a “invasão de subsistemas”, a ponto de autores como Estévez Araújo afirmarem que a problemática decorrente da (i)legitimidade da justiça constitucional seria a razão do déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição, propondo, como contraponto, a procedimentalização da Constituição, que passaria a prever a adoção de decisões coletivas. Essa tese mereceu a crítica mordaz e implacável de Bercovici: “Estéves Araújo, portanto, atribui à teoria material da Constituição a responsabilidade pelos problemas de legitimação do controle de constitucionalidade. E, nesse sentido, ele tem razão. Afinal, uma teoria procedimental da Constituição não tem qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, satisfazendo-se com o mero cumprimento dos procedimentos previstos” (STRECK, 2012, p. 82).

Ainda em Streck (2012) mostra-se que Habermas, que é procedimentalista, faz críticas à invasão da política e da sociedade pelo direito. Para o autor alemão, os paradigmas liberal,

formal, burguês e o do Estado Social do Direito, devem ser ultrapassados utilizando a teoria do discurso.

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdo substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores”, adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. No Estado Democrático de Direito, os *Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição*. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar *limitado* à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito (STRECK, 2012, p. 85).

Ainda que apresente a argumentação de Habermas, Streck (2012, p. 90) mantém sua posição substancialista, e afirma que:

A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todo jurista preocupado com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau exacerbado de criminalidade).

Desta feita, apresenta-se que uma atuação pautada na visão material-substancialista permite que sejam efetivados os direitos previstos na Constituição e, assim, promovem-se a verdadeira paz social e a igualdade almejada.

3 O controle de constitucionalidade e o princípio majoritário

No início dos tempos, os homens viviam, de acordo com Thomas Hobbes, em uma “Guerra de todos contra todos”. O medo, nesse momento, reinava, fazendo, assim, com que esses indivíduos (chamados, pelo referido autor, de *Selvagens*) matassem antes de serem mortos, prevalecendo, nesta época, a “lei do mais forte”.

Observando a frase: *homo homini lúpus*¹, pode-se resumir o que Hobbes pensava

¹ “O homem é um lobo para o homem”.

acerca da sociedade no “pré-contrato social”. Del Vecchio (2006) reforça essa ideia quando ele diz que, para o autor do *Leviatã* (1651)², antes da instituição dos governos, existia uma *bellum omnium contra omnes*³. Assim, nesse estado da natureza, o direito era individual e ilimitado; existindo, portanto, um *jus omnium in omnia*⁴.

A fim de solucionar essa situação, e também por terem a necessidade de se relacionar socialmente (como dizia, entre outros, Aristóteles e São Tomás de Aquino⁵), sendo, portanto, um “Animal Político” ou um “Ser Social”, os homens se reuniram para celebrar um famoso e importante acordo: o Contrato Social. Desse, surgiu a Sociedade e o Estado, e com eles, o Direito. Aqui, cada homem abdicou de parte de sua liberdade, com o escopo de ter mais segurança. O Estado, neste momento, teria de cumprir com suas obrigações (deveres), e buscar o bem comum, já que ele era uma *reunião de vontades*.

Sobre essa questão, Hobbes coloca que:

A conveniência de todo homem [é] sair desse estado de natureza, mísero e odioso, por causa dos perigos que a contínua guerra leva consigo. Mas isso somente é possível mediante um contrato, que tenha por conteúdo a renúncia de todos àquela liberdade sem freios própria do estado de natureza. Tal renúncia deve ser inteira, incondicionada, para que, de outra forma, não recaia na anarquia primitiva, em poder do desenfreado egoísmo individual (apud DEL VECCHIO, 2006, p. 77).

Jean Jacques Rousseau vai mais além. Para ele não basta ter havido um momento inicial de legitimidade do Estado; torna-se necessário ainda que este processo de legitimação, da fundação do corpo político, estenda-se também para a máquina política em funcionamento (NASCIMENTO, 2006). Assim,

para que o corpo político se desenvolva, não basta o ato de vontade fundador da associação, é preciso que essa vontade se realize. [...] Se a administração é um órgão importante para o bom funcionamento da máquina política, qualquer forma de governo que venha a adotar terá que submeter-se ao poder soberano do povo (NASCIMENTO, 2006, p. 197).

² Thomas Hobbes.

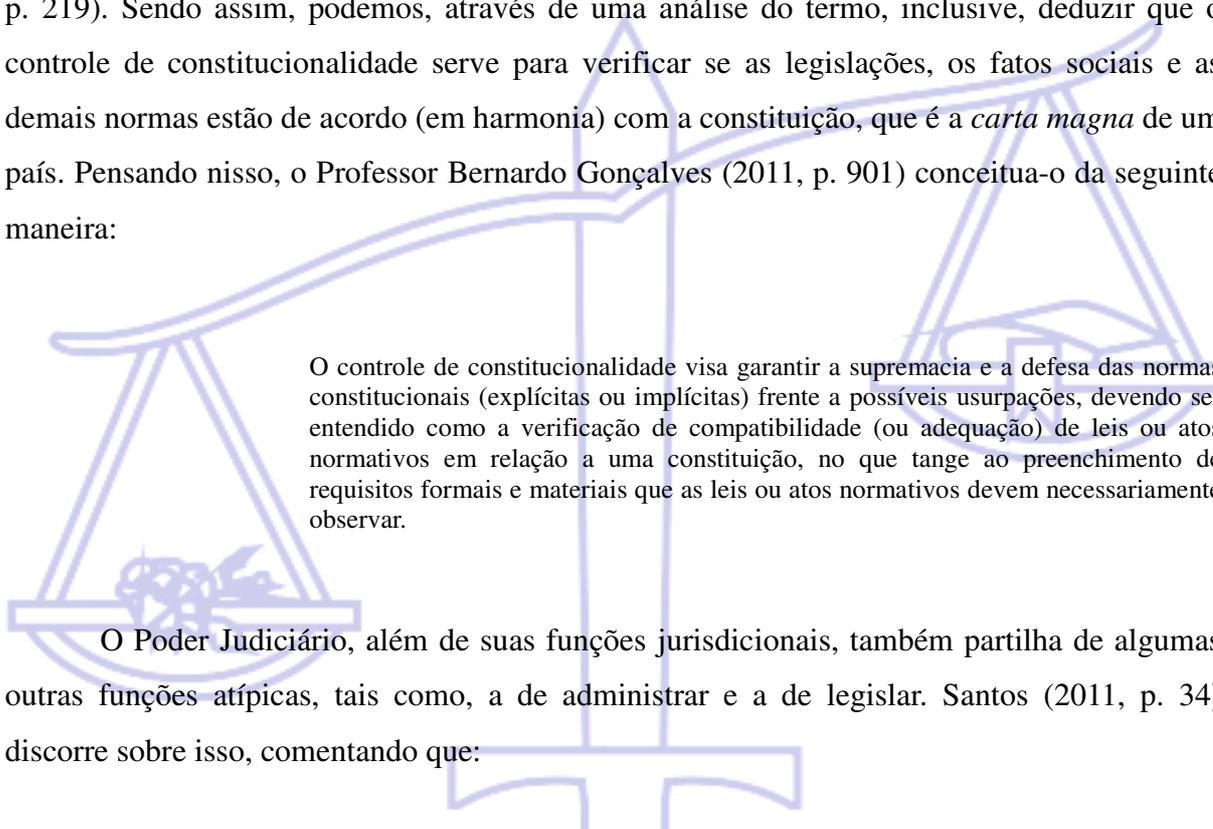
³ “Guerra de todos contra todos”.

⁴ “Direito de todos contra tudo”.

⁵ Para Aristóteles, “o homem é um animal político [...], isto é, chamado pela sua própria natureza à vida política” (DEL VECCHIO, 2006, p. 25). São Tomás de Aquino, influenciado por Aristóteles, concorda com este quando diz que “o Estado [...] deriva da natureza social do homem” (DEL VECCHIO, 2006, p. 47).

Percebe-se, portanto, que Rousseau valoriza e defende a supremacia da *vontade da maioria*. Hoje, ainda é a vontade da maioria que prevalece (Princípio Majoritário); todavia, às vezes, o Poder Judiciário tem que usar de um princípio divergente e contrário (Contramajoritário) para defender a Constituição de seu País, e cumprir a sua função social. Sobre essa função, o judiciário a faz, muitas vezes, através de mecanismos presentes nas Constituições Pós-modernas.

“O legislador originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na 'Lei Maior’” (LENZA, 2011, p. 219). Sendo assim, podemos, através de uma análise do termo, inclusive, deduzir que o controle de constitucionalidade serve para verificar se as legislações, os fatos sociais e as demais normas estão de acordo (em harmonia) com a constituição, que é a *carta magna* de um país. Pensando nisso, o Professor Bernardo Gonçalves (2011, p. 901) conceitua-o da seguinte maneira:



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

O Poder Judiciário, além de suas funções jurisdicionais, também partilha de algumas outras funções atípicas, tais como, a de administrar e a de legislar. Santos (2011, p. 34) discorre sobre isso, comentando que:

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

Apesar desse “ciúme” dos outros *poderes* estatais, o judiciário deve pensar que o Direito, ainda que não escrito, é o mecanismo responsável pela organização da sociedade; e o controle de constitucionalidade, manejado pelo STF, funciona como mecanismo que garante a supremacia dos direitos fundamentais (SANTOS, 2011). E que em algumas situações, como explica Victor Marcel Pinheiro e Vigílio Afonso da Silva (*apud* SANTOS, 2011, P. 34),

exatamente por ser o guardião da Constituição,

o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

Nesse sentido, é perceptível que o controle judicial de constitucionalidade é de importância fundamental, pois ele é uma forma de limitar o Poder Legislativo, visto que nenhum *Poder* (função) estatal é soberano e todos estão sujeitos a algum tipo de controle para que não violem a Lei Maior, que é a Constituição (SANTOS, 2011).

Na democracia, o poder emana do povo; nesse sentido, Santos (2011, p. 48) escreve que “um governo dotado de regime democrático é baseado na vontade da maioria do povo. O povo é soberano e pode exercer o poder direta ou indiretamente”.

Scandelai (2012) deixa claro que o Princípio Majoritário é a coluna de uma sociedade democrática, pois esse princípio se trata do “governo da Maioria”, ou seja, do povo. Todavia, esse princípio não é absoluto; tem-se que entender que existe uma supremacia da Constituição em detrimento dele.

Levando-se em conta essa questão, de o Princípio Majoritário ser o alicerce da democracia, o mais comum de se acontecer é que seja utilizado esse Princípio, pois acredita-se que, assim, o Estado Democrático de Direito estará fazendo *jus* à sua nomenclatura.

Entretanto, como se verá adiante, no próximo tópico, é mister que o poder judiciário se utilize, quando necessário, do princípio contramajoritário, para, deste modo, defender a constituição – cumprindo a sua função social de guardião que é do Texto Maior, como já mencionado.

4 O princípio contramajoritário e a proteção à minoria

Entende-se o Princípio contramajoritário como princípio justificador da atuação do Poder Judiciário contrária à vontade da maioria (SANTOS, 2011). Ele, portanto, atua contra

as maiorias ocasionais em defesa de uma minoria protegida constitucionalmente pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta-Magna de um País.

Os poderes Legislativo e Executivo, escolhidos pelo povo em sua maioria, representam a população de um determinado território. Pensando nisso, Santos (2011, p. 60) coloca que “as atividades legislativa e executiva são exercidas pelos representantes diretamente eleitos pelo povo e, por isso, parecem representar a vontade da maioria”. Essa vontade “é a que em regra prevalece, porém deve-se observar que uma maioria parlamentar ocasional pode ser na verdade uma minoria dominante” (SANTOS, 2011, p. 61).

Em detrimento a esses *poderes*, o judiciário, que não tem em sua estrutura indivíduos escolhidos pelo povo, e que tem o dever de proteger a Lei Maior, quando o faz, utiliza-se de procedimentos pouco usuais, pois, realiza o controle de constitucionalidade contramajoritariamente, uma vez que os outros dois poderes atuam em nome da maioria.

Logo, o Contramajoritarismo é, de acordo com Vicente Paulo de Almeida (*apud* SANTOS, 2011, p. 60), “a atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor”, estando de acordo com o pensamento dos defensores da teoria substancialista (desenvolvida no “tópico 2” deste trabalho).

A fim de exemplificar como funciona a utilização, pelo judiciário, desse tão citado princípio, tentaremos mostrar como se deu a solução jurídico-social encontrada para a questão *hodierna* da União Homoafetiva aqui no Brasil, mostrando quais foram os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para legitimar esse direito constitucionalmente previsto.

Sabemos o quão importante é respeitar a Magna Carta de um País. Com o intuito de argumentar para resolver essa questão dos homoafetivos no Brasil, o STF aplicou, com efeito, os princípios presentes, tanto na Constituição Federal, quanto nos Tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil (sendo, portanto, uma extensão material de nossa Carta Política), ao caso propriamente dito.

Dessa forma,

[a] nossa Constituição da República possui como princípios fundamentais (art. 1º da CR/88), dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, por outro lado,

tem por objetivos (art. 3º da CR/88), entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (FERREIRA, 2012, p. 15).

O discurso dos tratados (Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto São José da Costa Rica; entre outros...) segue os mesmos preceitos da nossa Constituição, dizendo, por exemplo, que todos são livres, iguais em dignidade e direitos, que devem ter uns para com os outros o espírito de fraternidade, além do respeito, tão defendido por todos esses documentos jurídicos.

No mesmo sentido, Renato Ângelo Salvador Ferreira (2012, p. 15) diz que:

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

No julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ⁶, “ao decidir que a união estável homoafetiva tem regime jurídico de entidade familiar, o STF assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não se esconder sob o manto da vergonha, de não se submeter à maioria” (FERREIRA, 2012, p. 16).

No entanto, “a pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e pela Fundação Rosa Luxemburg traz um dado surpreendente: 99% dos brasileiros têm algum tipo de preconceito, ainda que velado, contra homossexuais” (DIAS, 2011, p. 163).

Outrossim, é importante destacar, nesse sentido, que 55%⁷ da População brasileira foi contra a decisão do STF, de acordo com uma pesquisa feita pelo *Ibope Inteligência*, entre os dias 14 e 18 de Julho de 2011, como escreve Reinaldo Azevedo, em seu Blog⁸. Nessa ocasião,

⁶ Foi no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que se discutiu se era possível equiparar a união entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, prevista no artigo 1.723 do Código Civil (CC).

⁷ A margem de erro é de dois pontos percentuais para mais ou para menos.

⁸ AZEVEDO, Reinaldo. União civil dos homossexuais contrariam 55% dos brasileiros. **Revista Veja**, São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/uniao-civil-de-homossexuais-contraria-55-dos-brasileiros-revela-pesquisa/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

foram entrevistados, de modo pessoal, dois mil brasileiros de todas as regiões, distribuídos por idade, sexo e classe de consumo. Apesar disso (desse dados), o Supremo Tribunal Federal não se intimidou e manteve a sua decisão, como deveria ser feito.

Inspirados na Declaração de Virgínia de 12 de junho de 1776, que continha em seu artigo primeiro a expressão Felicidade como direito dos indivíduos, os juristas e juristas pós-modernos consideram muito esse direito, em especial. Tanto é que, Renato Ferreira, ao comentar a decisão do Judiciário brasileiro em relação a essa questão, observa, com efeito, que “foi uma demonstração fático-jurídica de implementação do princípio da isonomia na realidade social e jurídica brasileira, garantindo a implementação de direitos fundamentais em favor de um grupo de pessoas humanas que também tem o direito de ser feliz” (FERREIRA, 2012, p. 16). E foi pensando nisso que o judiciário brasileiro teve que contrariar a maioria, para buscar justiça para essas pessoas, que, como já citado, também têm o direito de serem felizes.

5 Homossexualidade e união homoafetiva

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005) define, primariamente, o Homossexual como aquele que mantém, com um parceiro de mesmo sexo, relações sexuais⁹. Todavia, esse autor, estribado nas ideias de Rivera (apud CRUZ, 2005), tenta mostrar que, a esse conceito, podem ser adicionados outros elementos, tais como as Fantasias eróticas e os beijos e abraços e demais carícias. Ou seja, esses elementos também contribuem na identificação e conceituação de um Homossexual.

Sabe-se que desde o início dos tempos, como apregoa estudiosos da história antiga, existiram indivíduos que se interessavam por pessoas do mesmo sexo que eles próprios. Os homens gregos, por exemplo, viam as suas mulheres como um “instrumento” para procriação, apenas. Amar mesmo era algo que acontecia entre os homens. E, na História do Brasil, não foi diferente. Desde o século XVI (ou mesmo antes disso, por parte dos Índios, como querem alguns autores) há relatos de envolvimento entre pessoas de mesmo sexo. Sob tal alicerce, pode-se fazer uma indagação específica: sendo indubitável a existência de homossexuais e de suas relações homoafetivas em toda a história brasileira, por que a Constituição Cidadã de

⁹ Aqui, enxergar-se-á o Homossexual como aquele que sente atração por alguém de mesmo sexo que ele, e com este deseja relacionar-se.

1988, já no final do Século XX, não trouxe em seu texto algo que contemplasse esse grupo social em questão? Por que essa intervenção teve de ser feita pelo Poder Judiciário, e não pelo Poder Legislativo (inclusive, pelo Constituinte Originário)?

As possíveis respostas para essas questões podem ser buscadas na história. “A liberdade sexual na atualidade é vista com absoluta intolerância, escárnio e desprezo pela sociedade” (CRUZ, 2005, p. 76). E isso se dá por causa de alguns antecedentes históricos. Sempre houve uma condenação, por parte da Igreja, dessas práticas homossexuais, e isso contribuiu para que se tentasse impedi-las de qualquer jeito. Até a Ciência, no século XIX, entrou nessa, tentando encontrar um modo de condenar o Homossexualismo. Tanto é que os Professores Edson Pires da Fonseca e Paulo Hermano Soares Ribeiro (2012, p. 75) discorrem sobre isso dizendo:

Até mesmo a ciência médica, eventualmente subjugada pela ética religiosa, sugeriu por longo tempo que a homossexualidade fosse uma patologia, daí utilizar o sufixo ‘ismo’ que denota condição patológica, e se referir ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como *homossexualismo*. Somente na décima revisão da classificação internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde, houve exclusão do Homossexualismo como doença.

Ou seja, “de fato, a homoafetividade foi pensada oficialmente como doença até 1993, quando a Organização Mundial da Saúde deixou de tratá-la como desvio ou transtorno sexual” (RODRIGUES, 2008, p. 63).

Com isso, percebe-se que o *Constituinte Originário* dificilmente trataria, na Constituição, sobre a temática do Homossexualismo, pois a homoafetividade era tratada como doença até 1993, cinco anos após a nossa Carta-Magna entrar em vigor. Mesmo assim, cabe, nesse contexto, a pergunta: e de 1993 até 2011¹⁰, por que o legislador não tomou providências? Bem, Pires e Ribeiro (2012, p. 76) entendem que “sua invisibilidade no sistema jurídico positivado apontava (e no Brasil ainda aponta) para uma cegueira de conveniência, sem jamais comprometer-lhe a existência e o significado”.

Maria Berenice Dias (2011) acredita que o número espantoso, já supracitado, em que quase cem por cento dos brasileiros têm algum tipo de preconceito, ilustra bem a situação e contribui para compreender o silêncio do legislador. Para ela, “a resistência em aprovar qualquer proposta de emenda constitucional ou projeto de lei que assegure direitos e

¹⁰ Ano em que foi julgado a ADI 4277/DF e a ADPF 132/RJ.

resgarde as uniões homoafetivas é para lá de injustificável, e isso evidencia uma postura discriminatória e preconceituosa” (DIAS, 2011, p. 163).

A Desembargadora, Maria Berenice, entende que:

A omissão covarde do legislador infraconstitucional de assegurar direito aos homossexuais e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre grande preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar o eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos à parcela minoritária da população alvo de discriminação (DIAS, 2011, p. 168).

Nesse ínterim, “na ausência de uma norma jurídica cogente, e de aplicação em todo o território nacional, que atendesse aos anseios dos pares homoafetivos que tinham pretensão de se ver oficialmente casados, a procura pelo poder judiciário foi o caminho” (VELOSO, 2013, p. 241). Segundo o Professor Waldir de Pinho Veloso (2013), os casais homoafetivos, na busca pela igualdade e pela felicidade, acionaram várias pontas do Poder Judiciário pelo país, o que levou juízos monocráticos e Tribunais estaduais a avaliarem os casos à luz da Constituição. Tamanha foi a provocação e a “clientela” do Judiciário que esse caso foi parar na Suprema Corte brasileira: o STF.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal tratou dessa questão, como já citado em tópico anterior, reconhecendo a União Estável Homoafetiva no Brasil. Mas, a pergunta que se faz é: como ficará daqui para frente? Os Casais homoafetivos ficaram satisfeitos? Do jeito que está, para esses casais, ficou melhor do que antes; todavia, eles querem mais, querem a possibilidade de se casar e, por que não, de adotarem filhos, visto que, agora, são reconhecidos como uma família ou, pelo menos, uma entidade familiar.

Nessa busca por felicidade e justiça, os casais homoafetivos e demais interessados conseguiram a conversão da união estável, autorizada pelo STF, em Casamento. Na verdade, em algumas jurisprudências, elencadas pelo consagrado escritor Waldir de Pinho (2013), esses casais chegaram a própria habilitação para a casamento homoafetivo sem a precedente união estável.

O Supremo, em seu parecer, entendeu que seria permitida a união estável, entretanto, absteram-se da questão do casamento homoafetivo. Mesmo assim,

embora o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n4.277 e a ADPF 132 não

tenha autorizado, com todas as letras, o casamento civil, todos os caminhos posteriores levaram à conclusão de que, em cumprimento ao contido na Constituição de que se deve facilitar a conversão da união estável em casamento, a única via possível era a permissão para o casamento direto. Impor a via intermediária da união estável, para posterior conversão, não atenderia ao espírito da lei. Se até a união estável deveria ter facilidade em se transformar em casamento, o caminho mais asseado e mais bem transitável seria o que levasse diretamente ao casamento (VELOSO, 2013, p. 246).

Nesse diapasão, foi o poder judiciário que solucionou essa questão mesmo sendo do “poder legislativo a obrigação de resguardar o direito de todos os cidadãos, principalmente de quem se encontra em situação de vulnerabilidade” (DIAS, 2011, p. 168), que é o caso dos homossexuais.

Vale ressaltar que essa situação dos homossexuais e dos casais homoafetivos ainda tem muito o que evoluir socialmente e, por que não, juridicamente, visto que ainda há uma resistência em relação a essa questão. É só ver os jornais e/ou procurar por reportagens na internet, para se ter uma noção do que se fala aqui. Muitos são os casos de relutância de Juízes que não aceitam essa mudança de olhar do Direito.



Figura 1: Capas das revistas: *Veja* e *Época* do mês de Abril do ano de 2013¹¹.

Sobre esse assunto, a questão que foi colocada em pauta no primeiro semestre do ano

¹¹ Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/chamegente/materias/1495163-revistas-nacionais-destacam-casamento-gay-de-daniela-mercury>>. Acessado em: 14 mar. 2014.

passado pelos meios de comunicação, foi o fato de Daniela Mercury, cantora baiana, famosa pela sua música, assumir (ou comunicar, que é como ela prefere) um relacionamento *gay* com Malu Verçosa, jornalista. Segundo Adoniran Peres, Correspondente do *The Christian Post*¹², esse fato foi valorizado por dois dos principais veículos de comunicação impressa da nação, quais sejam, os periódicos: *Veja* e *Época* (vide a figura 1), que, já nas capas, abordaram o assunto, impactante que foi.

Acredita-se que esse fato (o “namoro” homoafetivo da cantora com a jornalista), com a contribuição da mídia, irá proporcionar uma grande força política para a luta dos casais homoafetivos pelo reconhecimento jurídico-social. Ambas as revistas tratam dessa questão como inadiável, depois do acontecido.

Para ratificar a importância e o interesse da mudança dessa situação, a Rede Globo de Televisão vem levantando, com todo o seu poder sócio-político, essa “bandeira colorida”, pois além de toda edição do Big Brother Brasil (BBB) contar com, no mínimo, dois participantes homossexuais no *reality*, a novela “Amor à vida” protagonizou, oportunamente, o primeiro beijo, em novelas, entre pessoas de um mesmo sexo. Na ocasião, os atores Mateus Solano (Félix) e Thiago Fragoso (Niko) foram os participantes desse momento histórico (e polêmico) na Sociedade brasileira (Vide Figura 2).



Figura 2: Cenas do Beijo homossexual pioneiro, em novelas, na televisão brasileira. Foi, ao ar, no dia 31 de Janeiro de 2014¹³.

¹² *The Christian Post* é uma famosa fonte de notícias cristãs nos Estados Unidos e na maior parte do mundo. Possui cobertura nacional e internacional de eventos.

¹³ Disponível em: <<http://ubaitaba.com/famosos-falam-sobre-beijo-gay-em-amor-a-vida-nas-redes-sociais/>>. Acessado em: 14 mar. 2014.

E agora, Brasil? Como resolver essa questão? Os casais homoafetivos poderão, em um futuro próximo, casarem-se, sem maiores dificuldades? Poderão adotar crianças como filhos, sem preconceito? Será que o Princípio Contramajoritário do Poder Judiciário terá de ser acionado mais uma vez? Ou os Legisladores irão tomar a frente para a solução dessa questão? Essas perguntas, que ainda não podem ser respondidas, ficarão, portanto, no plano dos debates sociais.

6 Considerações finais

Ao longo desse trabalho procurou-se demonstrar, através de uma pesquisa sobre o princípio contramajoritário, que ele se faz presente no direito brasileiro e deve, sempre que necessário, ser acionado pelo Poder Judiciário.

Com a pretensão de ilustrar como o referido princípio é utilizado, buscou-se demonstrar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que tratava sobre a questão da União Homoafetiva.

Nesse julgamento, com a contribuição do mecanismo de Contramajoritariedade, “no desempenho de sua jurisdição constitucional, o STF garantiu proteção a um grupo minoritário exposto a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica e política, vitimado pela intolerância, perseguição e discriminação” (FERREIRA, 2012, p. 17).

Portanto, entende-se que o direito, no caso, o brasileiro, foi muito feliz em ter dado mais esse passo em direção à justiça. Acredita-se, outrossim, que isso tenha sido uma “evolução” nas ciências sociais e jurídicas, que atualmente têm olhado com mais sensibilidade e humanidade para as questões com que se deparam. Entretanto, a situação dos casais homoafetivos ainda pode ser melhorada, ou seja, essa questão continua com a luta desses por uma melhor situação perante a Sociedade e o Direito.

Todavia, discorda-se, nessa oportunidade, que essa *questão dos casais homoafetivos* é inadiável, como quer a capa e a reportagem da *Revista Veja* (e, ademais, a Rede Globo de Televisão). Entende-se, aqui, que existem questões mais urgentes para se tratar na política e no direito brasileiro, tais como: a reforma política, a reforma tributária, a questão da

corrupção, a *inadiável* melhoria da educação, saúde e segurança no país, entre outras.

Ratificando o que foi exposto no parágrafo acima, têm-se as manifestações ocorridas no Brasil, principalmente no mês de junho do ano de 2013¹⁴, que cobravam melhorias nesses pontos já elencados. Entretanto, essa é outra história que ficará para outro trabalho abordar. O que se quis mostrar na parte final dessa conclusão é que o povo, detentor de todo poder político da nação, tem outras prioridades em relação à questão central desse trabalho, e, aqui, concorda-se com esse posicionamento.

The Judiciary and the against majority principle: the Supreme Federal Court as a guardian of the federal constitutional rights of homosexual couples

Abstract: This work aims to illustrate how the Against Majority Principle works, as well as how it is used by the judiciary in Brazil. However, for a better understanding of such principle, it is necessary to elucidate other issues regarding this topic, including democracy, constitutional control, and majority principle, among others. Therefore, at an early point, these topics will be clarified in order to ease the understanding of the basic principle of work, called the Against Majority. The following section of the paper briefly explains the Against Majority Principle, as well as this tool is used by the Supreme Court. Finally, in order to illustrate the use of this principle in Brazilian law by the Judiciary, it is described and analyzed the positioning of the Supreme Court in the ADI 4277 and ADI 132 ADPF, in light of the Constitutional Law.

Keywords: Homosexual union. Judiciary. Against majority principle.

¹⁴ As manifestações vêm se arrastando desde então pelo país, porém com menor força. Acredita-se que na Copa do Mundo, que acontecerá no Brasil no meio do ano de 2014, acontecerão novas manifestações, dessa vez com mais força e intensidade, o que faz com que teóricos do Direito e da Ciência Política levantem a hipótese de que o governo fará leis temporárias para tentar conter essas manifestações durante o maior evento de Futebol do mundo – a Copa.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. União civil dos homossexuais contrariam 55% dos brasileiros. **Revista Veja**, São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/uniao-civil-de-homossexuais-contraria-55-dos-brasileiros-revela-pesquisa/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Daniela Mercury tem “esposa” e também criticou Feliciano. Então tá. **Revista Veja**, São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/daniela-mercury-tem-esposa-e-tambem-criticou-feliciano-entao-ta/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

CARELLI, Gabriela. A Revelação. **Revista Veja**, São Paulo, p. 68-78, abr. 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social e mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Legislação brasileira e homofobia. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

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

FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, n. 24, p. 5-18, set./dez. 2012.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco Correa (Org.). **Os clássicos da Política**: volume 1. São Paulo: Ática, 2006.

OSHIMA, Flávia Yuri et al. Depois daquele beijo. **Época**, São Paulo, p. 72-79, abr. 2013.

PERES, Adoniran. Com Daniela Mercury na capa, Veja e Época trazem discussão sobre casamento gay. **The Christian Post**, Washington, 8 abr. 2013. Disponível em: <<http://portugues.christianpost.com/news/com-daniela-mercury-na-capa-veja-e-epoca-trazem-discussao-sobre-casamento-gay-15676/>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

RODRIGUES, Rodrigo Cavalheiro. Proposta de classificação jurídica da união homoafetiva e seu reconhecimento familiar. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, MG, Editora Fundação Santo Agostinho, v. 3, n. 2, p. 61-74, 2008.

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

SCANDELAI, Alice Linares de Oliveira. **O princípio contramajoritário como elemento limitador do Direito Penal do Inimigo**. 2012. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação)—Faculdade de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Registro civil das pessoas naturais**. Curitiba: Juruá, 2013.

□ Recebido: abril/2014. Aprovado: maio/2014.