

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ  
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE  
FACULDADE DE DIREITO**

**VÂNIA MONTEIRO DA CONCEIÇÃO**

**A IMPORTÂNCIA DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT**

**MARABÁ**

**2018**

**VÂNIA MONTEIRO DA CONCEIÇÃO**

**A IMPORTÂNCIA DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Micheli Pereira de Melo

**MARABÁ**

**2018**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares**

---

Conceição, Vânia Monteiro da

A importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento de direitos da comunidade LGBT / Vânia Monteiro da Conceição ; orientadora, Micheli Pereira de Melo. — Marabá : [s. n.], 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Homossexuais - Direitos fundamentais - Brasil. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Juízes - Decisões. 4. Direitos dos homossexuais. I. Melo, Micheli Pereira de, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

---

CDDir: 4. ed.: 341.272

Elaborada por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

**VÂNIA MONTEIRO DA CONCEIÇÃO**

**A IMPORTÂNCIA DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Data da aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Micheli Pereira de Melo (Orientadora)

---

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos (Membro da Banca)

**MARABÁ**

**2018**

“Vale dizer, uma diferença que não faça diferença somente fará sentido se o princípio de afirmação de iguais na condição de diferentes implicar o reconhecimento pleno de direito.”

(João Vitor Loureiro)

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus e aos meus anjos da guarda, por me conceder a bênção de realizar meu sonho de cursar Direito. Por também, me manterem forte para enfrentar todos os obstáculos da vida que surgiram durante esses cinco anos de curso.

À o meu pai Farias, por todo tempo dedicado em cuidar de mim enquanto estive focada nos estudos; aos meus irmãos Vanessa e Vander por sempre acreditarem em mim e por me lembrarem do quanto eu seria capaz de ir atrás dos meus sonhos; aos meus sobrinhos Rebeca e Vitor, por compreenderem que alguns momentos foram necessários eu me ausentar para concluir algumas atividades acadêmicas, mas que mesmo assim só me recebiam com muito amor e carinho; à minha tia Célia por me apoiar e me proporcionar momentos de muitos risos que me divertiam sempre.

À minha mãe de sangue, Clarice e à minha mãe de coração, Odeise. As palavras faltam, porque a vocês os agradecimentos serão eternos. Mas, foram em vocês que o apoio nunca me falhou quando eu pensava que já não conseguiria ir adiante. São em vocês que vejo meus exemplos de mulher guerreira. São vocês as pessoas que nunca medem esforços para tentar me oferecer o melhor. São vocês que estão sempre prontas para me confortar com conselhos, amor e carinho. Muito obrigada!

À minha querida avó Alexandrina, por sempre colocar meu nome em suas orações e por ser tão carinhosa. Obrigada por acreditar em mim quando eu, ainda criança, lhe disse que entraria na faculdade de Direito para lhe defender. Fique tranquila que a última parte da promessa eu ainda irei cumprir.

Às minhas queridas amigas que a vida me deu Andreza, Amanda, Bianca e Jessyca, por sempre me animarem, me apoiarem e aconselharem, mesmo que a distância. As horas de ligações, os minutos de áudios, e as inúmeras conversas por mensagens me deram sempre força para me reerguer e continuar lutando pelos meus objetivos.

Às minhas amigas, que esses cinco anos de faculdade me trouxe de presente, Adrienne, Lorena e Tércyla. Muito obrigada por todos os momentos de gargalhadas, de festas e de aprendizados tantos jurídicos como de experiência para a vida.

À minha amiga que a faculdade também me trouxe, Viviane. Obrigada por sempre está comigo nos melhores e piores momentos dessa vida de acadêmica, pelos vários passeios e conversas aleatórias, mas que sempre tinham muitos momentos de gargalhadas.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Micheli Pereira de Melo, por toda a paciência, dedicação e pelas palavras de incentivo que me ofereceu, desde o primeiro momento em que apresentei minha proposta de tema, até o momento em que o meu cansaço mental apertava.

Aos demais professores da Faculdade de Direito que de alguma forma contribuíram para meu conhecimento jurídico.

Às pessoas que foram meus chefes nos estágios Diogo, Fernanda, Felipe, Miron, Charles, Edinaldo, Alencar e Adroaldo. Obrigada pela paciência, por todo conhecimento jurídico repassado e pelos conselhos. Saibam que levarei para vida toda o aprendizado.

A todos que citei aqui e a os outros que esqueci, peço perdão. Mas, espero que um dia eu consiga retribuir de alguma forma todos vocês. Pois, parafraseando Jackson Duarte, como vocês deixaram a digitais de vocês na minha vida eu farei questão de lembrar o quanto e o que cada um fez por mim.

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo tecer uma análise sobre o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, nos casos que envolvem o reconhecimento dos direitos de indivíduos da comunidade LGBT. Para tanto, inicialmente demonstramos a evolução histórica do papel das Constituições – e conseqüentemente, das Cortes Constitucionais. Após, adentramos na discussão entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Enfoca-se, sob essa perspectiva, a legitimidade da atuação das Cortes Constitucionais na invalidação de leis e reconhecimento de direitos. Em seguida, será traçado a origem do papel contramajoritário no Estados Unidos e sua propagação para outras partes do mundo como Taiwan, Colômbia e África do Sul, além do Brasil. Por fim, desenvolvemos uma análise de algumas decisões proferidas contramajoritariamente pelo STF reconhecendo direitos a comunidade LGBT

**Palavras-chave:** Papel contramajoritário; Comunidade LGBT; Cortes Constitucionais; Suprema Corte.



## ABSTRACT

The purpose of this study has for mark to weave an analysis the counter-majoritarian role of the Federal Supreme Court, in cases involving the recognition of the rights of individuals in the LGBT community. Therefore, initially we demonstrate the historical evolution of the role of the Constitutions - and consequently, the Constitutional Courts. Afterwards, we enter the discussion between Carl Schmitt and Hans Kelsen about who should be the guardian of the Constitution. Focuses in, from this perspective, the legitimacy of the performance of the Constitutional Courts in the invalidation of laws and the recognition of rights. It will then be trace the origin of the counter-majoritarian role in the United States and its spread to other parts of the world as Taiwan, Colombia and South Africa, beside Brazil. Lastly, we developed an analysis of some decisions uttered counter-majoritarily for STF recognizing rights the LGBT community.

**Keywords:** Role counter-majoritarian; LGBT Community; Constitutional Courts; Supreme Court.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. CORTES CONSTITUCIONAIS</b> .....	14
<b>1.1. A jurisdição constitucional no período anterior à II Guerra Mundial.</b> .....	14
1.1.1. Supremacia da lei no contexto europeu.....	14
1.1.2. Sistema Americano.....	16
1.1.3. Sistema Austríaco sob a influência da Teoria Kelsiana .....	19
<b>1.2. A jurisdição constitucional no período posterior à II Guerra Mundial.</b> .....	21
1.2.1. O pós-guerra e a expansão da jurisdição constitucional .....	21
1.2.2. O neoconstitucionalismo .....	23
1.2.3. Os papéis dos Tribunais Constitucionais.....	25
<b>2. TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA</b> .....	28
<b>2.1. Discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da constituição</b> .....	28
2.1.1. Posição de Carl Schmitt .....	28
2.1.2. Posição de Hans Kelsen.....	30
<b>2.2. Teorias democráticas</b> .....	31
2.2.1. Teoria Procedimental .....	32
2.2.2. Teoria Substancial .....	33
<b>3. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	37
<b>3.1 O papel contramajoritário das cortes constitucionais</b> .....	37
3.1.1. Delineando o Contramajoritarismo da Suprema Corte Norte-Americana .....	37
3.1.2. Descrição sumária de casos contramajoritários das Supremas Cortes pelo mundo....	40
<b>3.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal</b> .....	43
3.2.1. O período anterior à Constituição de 1988.....	43
3.2.2. O período posterior à Constituição de 1988 .....	45
<b>4. DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS DO STF RECONHECENDO OS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT</b> .....	50
<b>4.1. União Homoafetiva</b> .....	50
<b>4.2. Adoção de crianças por casais de mesmo sexo</b> .....	54
<b>4.3. Alteração do registro civil de pessoas trans</b> .....	56
<b>CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62

## INTRODUÇÃO

O presente estudo versa, inicialmente, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade exercido nos espaços em que o legislativo faz questão de se manter omissos, para assim melhor compreender a grande importância que esse órgão assumiu perante a comunidade LGBT.

Diante da omissão dos Poderes Políticos, detidamente do Legislativo, a proteção dos direitos fundamentais das minorias (políticas e sociais), vem ocorrendo por meio do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal (cuja função é exercer o controle de constitucionalidade – mesmo que contrário a vontade da maioria ordinária) (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014, p. 59).

Partindo desse pressuposto, apesar do fato de que todos os direitos fundamentais de grupos minoritários deveriam ser garantidos e respeitados regularmente, a realidade que as pessoas LGBT's são compelidas a viver é oposto. No Brasil, há uma exclusão ou um retardo ao acesso a direitos dessas pessoas, uma vez que o legislativo continua inerte ou protelando a aprovação de diversos projetos de leis destinados à comunidade LGBT. Em contrapartida, temos o Supremo Tribunal Federal utilizando o controle de constitucionalidade para agir – mesmo que contrário a maioria – com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais desse grupo.

Desse modo, o **problema** que se busca enfrentar na presente monografia é compreender a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, nas situações em que o Legislativo (representante da maioria ordinária) se torna omissos no reconhecimento dos direitos fundamentais das minorias LGBT's. Restando, assim, saber: Qual a importância do papel contramajoritário do STF no reconhecimento de direitos da comunidade LGBT?

A **hipótese** é que o STF assume um papel fundamental na efetivação dos direitos fundamentais à comunidade LGBT, diante da omissão do Legislativo. O Tribunal tem atuado de forma condizente com os princípios constitucionais e, sobretudo, nos limites de sua competência constitucional (pois, caso o STF não defendesse os direitos fundamentais desse grupo, estaria atuando contrariamente à Carta Magna e consentido com o preconceito comumente disseminado a essa comunidade).

Com isso, o **objetivo geral** do trabalho é demonstrar, que o STF está em consonância com outras Cortes Constitucionais e Supremas Cortes do mundo, ao manter a superioridade da Constituição perante a maioria – representada pelo Legislativo – em casos práticos, como a omissão legislativa de direitos que envolvem lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e etc.

A **metodologia** utilizada foi a pesquisa bibliográfica (livros, revistas, artigos científicos, monografias e dissertações na área do direito constitucional nacional), assim como análises jurisprudenciais e legislativas nacionais e internacionais.

A **justificativa** reside na necessidade de demonstrar que – em um país em que um LGBT é cruelmente assassinado a cada 19 horas ou que comete suicídio por motivos resultantes da “LGBTfobia”<sup>1</sup>, deveria ter um legislativo mais ativo. Porém, como o legislativo brasileiro se omite na efetivação de direitos dessas minorias, é necessário analisar a importância que o Supremo Tribunal Federal tem assumido nesse contexto.

O primeiro capítulo é dedicado a analisar a expansão da jurisdição constitucional em um plano global - a concepção de supremacia da lei ou supremacia da constituição que prevalecia na Europa, nos Estados Unidos e na Áustria, no período anterior à Segunda Guerra Mundial. Em seguida, destaca-se a expansão da jurisdição constitucional – e conseqüentemente do controle de constitucionalidade – após esse marco histórico.

No segundo capítulo são expostas as visões de Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deveria assumir o papel de guardião constitucional. Com o intuito de apresentar os primeiros argumentos que serviram de base para os questionamentos sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais no Estado Democrático. Neste capítulo trabalho também serão apresentadas as visões antagônicas entre Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

No terceiro capítulo é apresentada a origem do “contramajoritarismo” nos Estados Unidos, assim como a sua prática por Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes ao redor do mundo. Neste capítulo são trazidas jurisprudências, oriundas do

---

<sup>1</sup> Segundo o relatório de 2017 do Grupo Gay da Bahia “a cada 19 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’, o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais”

direito comparado, em casos que versam sobre o reconhecimento de direitos a indivíduos da comunidade LGBT em Taiwan, Colômbia e África do Sul.

Por fim, no quarto capítulo são apresentados alguns julgados do STF, os quais exemplificam a atuação contramajoritária do Tribunal na salvaguarda dos direitos fundamentais (tais como: a possibilidade para que os casais homoafetivos realizem casamento e adoção; a possibilidade para que as pessoas transgêneros alterem o registro civil, mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual e comprovante de patologização).

O trabalho em epígrafe revela-se de extrema importância, ao permitir a compreensão da importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos de uma minoria, como os indivíduos LGBT's. Caso o STF não exercesse tal papel contramajoritário, certamente esses indivíduos continuariam em um "limbo jurídico" (pois não há proibições normativas que os obriguem ou proíbam a fazer ou deixar de fazer algo por motivos de suas orientações sexuais ou identidade de gênero, assim como não há leis específicas que os amparem). Sendo assim, espera-se que, a partir deste estudo, os leitores consigam assimilar a relevância do papel contramajoritário do STF no reconhecimento de direitos à comunidade LGBT.

## 1. CORTES CONSTITUCIONAIS

Este capítulo propõe-se analisar as diferenças nas concepções do papel das Constituições – e, conseqüentemente, das Cortes constitucionais – entre o período anterior e posterior à II Guerra Mundial. Tal análise visa demonstrar a extrema importância das Constituições, bem como da existência de Cortes Constitucionais para a proteção dos direitos fundamentais, especialmente de grupos minoritários, conforme reconhecido historicamente.

### 1.1. A jurisdição constitucional no período anterior à II Guerra Mundial.

Nos próximos tópicos se buscará diferenciar as experiências europeias e norte-americana, por meio da dicotomia existente entre a supremacia da lei vs. supremacia da Constituição. A análise é importante, tendo em vista que o modelo norte-americano - que será abaixo analisado - serviu de influência para todo o mundo, no período posterior à II Guerra Mundial, inclusive aos países europeus.

#### 1.1.1. Supremacia da lei no contexto europeu

Diversamente da concepção que seria adotada pelos norte-americanos, a Europa ocidental do século XVIII sustentou fortemente a ideia de supremacia da lei, e não supremacia da Constituição. Pois, como será explanado adiante, existia notável influência das ideias de Rousseau.

No contexto europeu, em especial na França, torna-se perceptível a contribuição de Rousseau após a Revolução Francesa, quando a partir desse fato passou-se a consentir com a ideia de soberania da nação<sup>2</sup> em contraposição à soberania absoluta e pessoal do rei (do antigo regime). Porém, a soberania nacional era exercida mediante representação da Assembleia Legislativa, sendo, para todos os efeitos, o Legislador o titular absoluto da soberania (MELO, 2017)

---

<sup>2</sup> Firmou-se essa concepção na França ao declarar no art. 3º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”

Nesse novo cenário, “a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelos parlamentos” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 120), dado que o Legislativo representava a vontade da Nação, e com isso “não havia o que se falar em injustiça da lei, pois valia a máxima de que ninguém do povo poderia ser injusto consigo mesmo” (MELO, 2017, p. 245).

Ocorre que junto a valorização da lei, existia “a desconfiança nos juízes, que tinha origem no período anterior à Revolução Francesa, quando o Judiciário era visto como intrinsecamente corrupto, atuando quase sempre em prol dos seus próprios interesses ou daqueles dos membros que o compunham” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 128). E com isso firmou-se ainda mais a concepção de que “o Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o Direito, mas não o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos parlamentos” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 120). Daí entende-se o porquê de não prevalecer na Europa a concepção de que uma Constituição poderia: ser suprema, ser utilizada a favor de minorias e opor-se à vontade majoritária, manifestada pelo legislador.

E essa máxima de valorizar os legisladores, aos olhos de Rousseau era incontestável, visto que “a vontade geral é sempre, por definição reta, boa, ‘jamais erra’, por estar sempre voltada para o bem comum” (JUNIOR, 2016, p. 51). E mais, para o filósofo concebia-se como bem comum aquilo percebido e definido pelo Legislador, visto que para ele

Todos precisam igualmente de guias. É preciso obrigar uns a conformar suas vontades à sua razão; é preciso ensinar ao outro a conhecer o que quer. Assim, das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade no corpo social, daí o exato concurso das partes e, enfim, a maior força do todo. Eis de onde nasce a necessidade de um Legislador (ROUSSEAU, 1999a, p. 49, apud JUNIOR, 2016, p. 54).

Mas é mister entender que, até aquele momento, “a função dos legisladores não era exercer o poder, mas apenas promover, em forma de sublime sedução, a apoteose do intelecto e do espírito público dos cidadãos comuns” (WOKLER, 2012, p. 111).

Em suma, podemos observar que na Europa – no período anterior a Segunda Guerra Mundial – existiu o enaltecimento do legislador em detrimento ao judiciário, pois naquele se assentava a ideia de representatividade da nação; enquanto que

nesse ainda pairava a visão desconfiada sob seu histórico institucional de ser corrupto. O que trouxe por consequência a elevação das leis ao patamar de suprema, enquanto a Constituição era vista “como uma proclamação política, que deveria inspirar o Poder Legislativo, mas não como uma autêntica norma jurídica” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 120). O que mais tarde – como veremos nos próximos tópicos – despertou nos regimes totalitários argumentos para que se “legitimassem” suas ações desumanas.

### 1.1.2. Sistema Americano

Se na Europa prevalecia uma concepção de supremacia da lei, do outro extremo do Oceano Atlântico treze colônias britânicas (que mais tarde formaram os Estados Unidos da América) lutavam por seu processo de independência e visavam uma Constituição que seria responsável por instituir o governo com uma concepção diferente daquela que predominava na Europa.

Segundo Melo Filho, os territórios colonizados pelos ingleses na América do Norte “poderiam aprovar as suas próprias leis, desde que elas não fossem contrárias as leis da Inglaterra, principalmente, às Cartas da metrópole” (MELO, 2010, p. 7). Porém, os crescentes descontentamentos<sup>3</sup> que surgiam “dos cidadãos norte-americanos com as leis do Parlamento inglês, sobretudo em razão da instituição de tributos sem a anuência das assembleias locais” (MELO, 2017, p. 243), fez com que as colônias britânicas se insubordinassem a metrópole e proclamassem suas respectivas independências.

Sendo assim, surge a necessidade de substituir as Cartas da Metrópole por uma Constituição, considerada um *pactum libertatis*, por influência de John Locke:

O surgimento da Constituição como pacto social fundador de uma sociedade política vem de Locke, para quem o referido pacto se trata de um *pactum libertatis*, ou seja, uma forma por meio da qual os membros de uma sociedade - livres, iguais e independentes - se unem em comunidade com a finalidade de viver comodamente, desfrutando de suas propriedades com maior segurança. O propósito do pacto é a mútua preservação das vidas, liberdades

---

<sup>3</sup> A Festa do Chá de Boston (The Boston Tea Party) é um dos maiores exemplos de descontentamento da colônia com a Inglaterra. Pois, foi nela que eles demonstraram sua insatisfação contra as leis (Lei do Chá, Lei do Selo e Lei do Açúcar) imposta pelo parlamento inglês, após a Guerra dos Sete Anos.



e propriedades de seus membros, razão porque se pressupõe que o pacto não destrói, ao contrário, mantém a liberdade de todos. No entanto, para que esta liberdade seja garantida, é preciso edificar um poder que governe mediante um direito com esse objetivo, isto é, um direito que seja fruto do consentimento de todos, pois nenhum governo pode fazer leis para uma sociedade, sem o seu consentimento. Vê-se, portanto, que a revolução norte-americana não buscou um legislador virtuoso e onipotente para empreender uma transformação social, a exemplo do que ocorreu na França. Ao contrário, buscou um legislador limitado, que pudesse ser controlado. Todos os poderes existentes na sociedade eram considerados *poderes fiduciários*, isto é, exercidos no interesse do povo e revogáveis caso fossem contrários à confiança neles depositada. A restauração dos direitos violados pelo Parlamento inglês, sob a forma de direitos naturais, passou a ser consagrada na Constituição (a qual representava o *pactum libertatis*). Era ela que indicava que o poder constituinte do povo era superior a qualquer outro, inclusive ao legislador. (MELO, 2017, p. 243-244)

Dessa forma, “nasce uma ordem normativa superior” (MELO, 2010, p. 7), para qual não se atribuiu – expressamente – a nenhum órgão a função de zelar por sua guarda. Mas, destarte que o judiciário apresentava uma imagem positiva aos norte-americanos (diferentemente da experiência europeia), antes mesmo de promulgar sua Constituição. Segundo Nagib Filho:

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1789, os juízes tinham proclamado que, nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as leis de maior importância (New Jersey, em 1780; Virgínia, 1782, North Carolina, 1787). Os juízes seguiam aí precedentes decorrentes do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores o poder de elaborar normas coloniais próprias, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Note-se, daí a idéia de hierarquização das leis – as leis coloniais postas em patamar inferior, submetidas às normas, superiores, que autorizavam a formação da colônia – que foi o padrão imposto na constituição rígida e do qual derivou o controle de constitucionalidade das leis. (FILHO, 2008, p. 3)

Então, verifica-se que “todas as circunstâncias históricas conduziram os Estados Unidos a um modelo de governo e de legislação limitado pela Constituição, ou seja, à afirmação da supremacia constitucional” (MELO, 2017, p. 244). No entanto, por mais que não houvesse um guardião expresso, era necessário existir alguém responsável por estabelecer o controle constitucional. O que só foi se definir com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*<sup>4</sup>, por Marshall, Chief Justice da Suprema Corte Norte-Americana, em 1803. Segundo Luís Roberto Barroso:

---

<sup>4</sup> Tudo começou quando o Presidente John Adams, nos últimos dias de seu mandato, tentou preencher 67 vagas recém-criadas de Juiz de Paz, mas obteve apenas imediata nomeação para 42 vagas. Dentre essas, havia a de William Marbury – que ocuparia a vaga do condado de Washington – mas que não assumiu devido o recém-eleito presidente, Thomas Jefferson, determinar a seu Secretário de Justiça,

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. [...]

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas. (BARROSO, 2012, p. 76 e 89).

Sendo assim, após todas essas circunstâncias históricas vimos que o sistema americano não entregou a proteção dos direitos ao Parlamento, pois eles tinham na instituição o principal foco de insegurança (MELO, 2017). Em contraposição existia a figura carismática do Judiciário; tanto que ele se estruturou como um modelo difuso e incidental de controle de constitucionalidade. Em outras palavras, esse controle, também denominado nos Estados Unidos de *judicial review*, é feito por órgãos do Poder Judiciário (controle difuso), “no entanto somente pode ser efetivado quando no curso de uma demanda concreta surgir uma controvérsia imprescindível para o deslinde da causa (controle incidental).” (SANTOS, ARTEIRO, s.d., p. 3)

Em vista do que aqui foi exposto, podemos concluir que – distintamente do que se verificou no contexto europeu – os norte-americanos fizeram prevalecer a ideia de supremacia da Constituição, bem como a confiança no Judiciário para realizar o controle judicial de constitucionalidade das normas. Modelo esse que passou a ser

---

James Madison, de não encaminhar mais nenhum título de nomeação. Então, Marbury ingressou com um writ of mandamus (semelhante ao nosso mandado de segurança) na Suprema Corte americana, pleiteando que ela obrigasse o Secretário de Justiça a conceder seu título de Juiz de Paz. Sendo assim, John Marshall, Chief Justice da Suprema Corte, analisou da seguinte forma: examinou primeiramente o mérito e reconheceu o direito de Marbury à nomeação. Em seguida, analisou as preliminares, no qual entendeu que o writ of mandamus poderia ser usado com o objetivo de brigar o Executivo a cumprir determinado ato (desde que o mesmo não pertencesse à esfera das decisões políticas ou que sua prática não se revestisse de discricionariedade concedida pela Constituição). Porém, não concedeu o writ, por entender que embora existisse uma Lei Ordinária permitindo, essa não poderia exceder o poder dado as Cortes pela Constituição, uma vez que há na Constituição um rol taxativo sobre suas competências. Em suma, Marshall fundamentou sua decisão na: supremacia constitucional, nulidade de lei contrária ao texto constitucional e na função do Poder Judiciário como intérprete final e guardião constitucional (MAGALHÃES, 2007).

visto com um exemplo de regime constitucional a ser seguido por muitos países após a II Guerra Mundial.

### 1.1.3. Sistema Austríaco sob a influência da Teoria Kelsiana

A despeito de o sistema europeu pautar-se na ideia de supremacia da lei, não pode ser esquecido o mérito da Áustria de ser também pioneiro na jurisdição constitucional, embora seu modelo originário tenha resistido pouco tempo. Pois, foi através da sua Constituição de 1920 que surgiu o controle de constitucionalidade concentrado, sob a influência do Austríaco Hans Kelsen. Entretanto, posteriormente, em 1929 o modelo sofreu significativas mudanças<sup>5</sup> e teve seu declínio em 1933, após um golpe de estado; sendo reativado em 1945.

Para Kelsen, o controle de constitucionalidade norte-americana acertou em pôr a Constituição como norma superior. E entendeu que apesar da superioridade, o legislativo estava passível de cometer equívocos, como promulgar leis em desacordo com a Constituição. E isso, sob seu ponto de vista, resultava na necessidade de controlar a atuação legislativa, porém aqui ele discordou da solução encontrada pelos norte-americanos em conceder tal encargo aos juízes, pois para Kelsen seria arriscado oferecer muito poder aos magistrados (FILHO, 2018).

O receio de Kelsen provém do crescente ativismo dos juízes, por influência da Escola de Direito Livre, na qual incentivou o entendimento que “o compromisso que o magistrado teria seria com a justiça frente a sociedade, mesmo que para isso as leis

---

<sup>5</sup> No modelo originário de Hans Kelsen, em 1920, a competência para se pedir análise de constitucionalidade só era efetuada quando provocada por governantes, federais e estaduais, com o objetivo de buscar a anulação de atos normativos que violassem a Constituição Federal (FILHO, 2018); ou quando fosse alegada por indivíduos, caso uma norma federal violasse um direito individual (FERREIRA, 2011). Entretanto, a Constituição austríaca foi alterada em 7 de dezembro de 1929, por uma Emenda Constitucional. Essa reforma “modificou o sistema austríaco, introduzindo dois novos legitimados para a propositura de procedimento junto ao VfGH [a sigla refere-se a Verfassungsgerichtshof, nome da Corte Constitucional]: o Oberster Gerichtshof (Suprema Corte de Justiça), tribunal máximo as esferas cível e penal, e o Verwaltungsgerichtshof (Corte Administrativa), tribunal máximo para causas administrativas” (ARAÚJO, 2011, p. 6), ou seja, a alteração admitiu que “os órgãos de segunda instância da justiça remetessem à Corte Constitucional a decisão de questões incidentais de inconstitucionalidade, com pronúncia ex tunc” (FILHO, 2008, p. 9). Daí alguns autores demonstrarem que após a reforma de 1929 na Constituição, fez surgir na Áustria não mais um sistema de controle de constitucionalidade concentrado, mas sim híbrido.

fossem ignoradas. Os fatos concretos em análise seriam seu norteador – levando em consideração o senso de justiça – para as tomadas de decisões” (ALBUQUERQUE, 2015, p. 1).

Como se vê, o contexto que influenciou as ideias de Kelsen era diferente do que se verificou nos Estados Unidos. Segundo Micheli Melo

Na Áustria havia um Parlamento débil, hostilizado pelo Poder Executivo; bem como uma influência crescente de uma consciência judicial antiformalista, que viu surgir em Weimar fórmulas ou propostas de controle da lei. Além disso, a imagem do juiz existente no contexto europeu se diferenciava daquela idealizada no contexto norte-americano. Enquanto nos Estados Unidos prevalecia a imagem de juiz caracterizada por Montesquieu, o qual era um sujeito imparcial, capaz de julgar a constitucionalidade de uma lei de forma neutra e quase científica; na Áustria, por influência da Escola de Direito Livre, prevalecia a concepção de que todo o ato de aplicação do direito contava com um grau de discricionariedade e subjetivismo. (MELO, 2017, p. 253).

Nesse cenário, Hans Kelsen propôs o modelo concentrado que, diferente do difuso, sustentava a existência de um “órgão autônomo, com a tarefa exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade” (FILHO, 2018, p. 11), no qual denominou de Corte Constitucional. Visto que ao seu ver, o sistema norte-americano era frágil por permitir a possibilidade dos diferentes órgãos gerarem entendimentos distintos. Uma vez que para Kelsen

A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça a autoridade da própria Constituição (KELSEN 2003, p. 303 apud COELHO, 2013, p. 14).

Em contrapartida, o modelo austríaco buscou mais segurança jurídica ao apresentar como proposta um controle de constitucionalidade das leis reservado a uma única Corte, com a “competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional, não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira” (KELSEN 2003, p. 303 apud COELHO, 2013, p. 14).

O momento é pertinente para explicar que, para Kelsen, esse órgão constitucional de função autônoma “seria um ‘legislador negativo’, anulando leis

incompatíveis com a Constituição. De certo modo, portanto, seria comparável a uma função legislativa negativa” (FILHO, 2018, p. 11). Posto que para ele

[...] a diferença entre a função jurisdicional e a legislativa consiste no fato de que esta última cria normas gerais, enquanto a primeira, normas individuais. Contudo, ao invés de exercer jurisdição, criando normas individuais, a anulação de uma lei pelo Tribunal Constitucional [lê-se aqui Tribunal como sinônimo de Corte Constitucional] consiste, em última análise, em estabelecer uma norma geral, já que a anulação de uma lei teria o mesmo caráter de generalidade que o de sua elaboração, contudo, uma elaboração com sinal negativo. (MELO, 2017, p. 255).

Entretanto, deve-se compreender que essa atuação legislativa negativa “seria uma atividade de mera aplicação da Constituição, e não um ato de criação do direito, como acontece na atividade legislativa positiva” (MELO, 2017, p. 255). Logo, não há de se falar em ativismo (conceito esse que será esclarecido mais a diante).

Contudo, podemos perceber que o sistema adotado na Áustria por influência de Hans Kelsen, em 1920 e reformado em 1929, contribuiu significativamente para a introdução da concepção de se ter a Constituição como norma superior a todos os poderes, na Europa.

## **1.2. A jurisdição constitucional no período posterior à II Guerra Mundial.**

Nos tópicos a seguir serão abordados os reflexos do período posterior à II Guerra Mundial. Pois, a partir desse marco histórico, o mundo passou a repensar seus sistemas políticos-jurídicos, passando a experiência Norte Americana e Austríaca ser uma forte influência para inúmeros países do globo.

### **1.2.1. O pós-guerra e a expansão da jurisdição constitucional**

O principal marco histórico, no qual mundialmente começou-se a observar profundas mudanças, foi o período posterior a 2ª Guerra Mundial. Pois, vimos que na Europa – no período anterior as Guerras Mundiais – prevaleceu a “concepção francesa da lei como expressão da vontade geral” (FERREIRA, 2013a, p. 18) e que sob o argumento do positivismo jurídico, fez muitos chefes de governo passarem a

dar legalidade a seus atos cruéis e atentatórios à dignidade humana. Então, com o fim desse período, vários países perceberam a necessidade de remodelar os seus sistemas.

Segundo Francisco Ferreira (2013b, p. 12):

[...] o mundo percebeu, após duas grandes guerras mundiais, que era preciso a garantia de direitos não apenas individuais (liberdade) e sociais (igualdade), mas também direitos difusos (fraternidade), como o direito à paz, a proteção ao meio ambiente, dentre tantos outros. Em suma, a sociedade precisava melhor se estruturar, seja porque era necessário resguardar o mundo com direitos difusos para a sociedade mundial (fraternidade), seja porque não caberia mais o cumprimento cego da lei (os estragos de uma segunda guerra comprovaram essa verdade).

Sendo assim, muitos países passaram a dispor do controle de constitucionalidade baseados ou no modelo austríaco<sup>6</sup> ou no norte-americano<sup>7</sup> ou até mesmo em ambos<sup>8</sup>. Então, nesse período começamos a observar o surgimento de várias Constituições que objetivavam: legitimar de alguma forma os limites a serem impostos ao Estado e manter concomitantemente a salvaguarda de direitos fundamentais. Isso quer dizer que as Constituições passaram a ser reconhecida como normas jurídicas e com a função de não só disciplinar o modo de produção das leis, mas de estabelecer limites ao seu conteúdo; além de impor alguns deveres a atuação do Estado (BARROSO, 2014a).

A limitação do legislativo provinha da constitucionalização de direitos fundamentais, visto que a partir desse momento esses direitos passaram a gozar de imunidade contra as vontades políticas majoritárias (FERREIRA, 2013a). Por isso que é perceptível nesse momento, em todas as Constituições, “uma característica em comum – eram mais generosas e extensas na consagração de direitos” (MELO, 2017, p. 264). Logo, “quanto maior for o recrudescimento dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da jurisdição constitucional para garantir a sua concretização” (AGRA, 2015, p. 7).

No entanto, vimos que tanto na Áustria quanto nos Estados Unidos, houve a necessidade de ser assentido um guardião constitucional, para poder garantir que os direitos fundamentais fossem realmente respeitados. Daí, concebe-se na Europa –

---

<sup>6</sup> A título de exemplo temos: Alemanha, Turquia e Itália.

<sup>7</sup> A título de exemplo temos: Reino Unido (composto por: Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte).

<sup>8</sup> A título de exemplo temos: Brasil. Exemplo esse que será mais bem detalhado adiante.

sob a influência do pensamento Kelseniano de 1920 e reformado em 1929, na Áustria – o controle com uma função constitucional e não como uma atividade judicial, como aquela desenvolvida no Estados Unidos. Para tanto, em muitos países europeus, previu-se uma Corte Constitucional, responsável por desenvolver o controle de maneira concentrada (BARROSO, 2007, p. 11 apud FERREIRA, 2013a, p. 19)

No caso norte-americano, como “a supremacia da Constituição prevaleceu desde o nascimento da *judicial review*” (MELO, 2017, p. 261) e sempre houve uma Suprema Corte e magistrados desempenhando um papel significativo para a sociedade (AGRA, 2015, p. 7), manteve-se um controle constitucional encarregado de exercê-lo de forma difusa.

Em suma, podemos observar que o principal ponto de mudança – no período posterior a Segunda Guerra Mundial – foi a aquiescência de que a Constituição deveria ter não só reconhecido seu status jurídico, mas ocupar também o status de norma suprema. Para, desse modo consagrar direitos fundamentais, que por sua vez exigiriam a existência de Cortes responsáveis por manter a existência e proteção desses direitos perante uma maioria política.

### 1.2.2. O neoconstitucionalismo

Como explanado anteriormente, diferentes motivos levaram a uma nova Era após a 2ª Guerra Mundial. Mas, é importante entender que essa nova fase não trouxe simplesmente novas constituições e sim novos modelos inspirados na experiência americana e austríaca, nos quais embora possuíssem suas diferenças práticas, continham uma questão em comum e de extrema importância: a supremacia da Constituição. Segundo Débora Lima e Eduardo Figueiredo

Durante este período, a nova realidade constitucional tornou-se foco de atenção na Europa, que passou a incorporar, com mais apego, questões relativas à limitação dos poderes estatais, direitos de natureza liberal e econômica, além de um rol mais amplo de direitos sociais. Assim, as constituições incorporaram, em seus textos, princípios até então não previstos, iniciando-se uma nova fase no constitucionalismo (LIMA; FIGUEIREDO, 2015, p. 4).

Sendo assim, se observarmos, após as Guerras Mundiais houve uma decisiva aproximação entre as constituições e os princípios democráticos; no qual fez surgir um novo modelo político preocupado em definir os valores fundamentais e criar “um

consenso mínimo a ser observado pelas maiorias” (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010, p. 77)

A solução para a aflição ganhou forma e tornou-se normas jurídicas vinculantes para todos os poderes. Segundo Eduardo Cambi, criou-se:

(...) catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc) bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional) (CAMBI, 2008, p. 95).

Os novos documentos constitucionais não só exalavam direitos, princípios e valores a serem respeitados, como também apresentavam mecanismos genuínos de fiscalização da constitucionalidade, por via de um órgão especializado (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010, p. 78). Com o fim dos regimes totalitários - detidamente no contexto europeu -, cede-se espaço para o Poder Judiciário ser mais atuante para defender e garantir que os valores constitucionais sejam proporcionados a todos da sociedade.

No constitucionalismo moderno observa-se uma Constituição que por ser reconhecida sua centralidade e supremacia material, fez-se imprescindível “uma interpretação de todo o complexo normativo à luz da Lei Fundamental, justamente porque é nela onde passaram a se encontrar princípios valorativos fundamentais que se irradiam para todo o sistema normativo” (FERREIRA, 2013b, p. 18). O que ao mesmo tempo fez com que se construísse “Estados com estrutura e funcionamento organizados, com o Legislativo, o Executivo e o Judiciário com poderes limitados e bases políticas estabelecidas” (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010, p. 75). Sob essas circunstâncias a democracia passa a ser mais substantiva, pois restringe os poderes – principalmente do Legislativo – em prol dos direitos fundamentais e da proteção das minorias.

É nessa fase constitucional que verificamos que a antiga interpretação voltada a considerar os direitos apenas aqueles que estivessem positivados nas normas e que “não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos” (SARMENTO, 2009, p. 2), é superada pela força da supremacia e centralidade da Constituição. Também em muitos países cresceu a confiança nas Cortes na proteção constitucional, através do exercício amplo da jurisdição constitucional.



A princípio, na Espanha e na Itália a esse novo modelo jurídico, chamou-se de neoconstitucionalismo para posteriormente outros classificarem da mesma forma, ou seja, denominou-se de neoconstitucionalismo o fenômeno que

[...] trouxe importantes transformações para o conteúdo ideológico do Direito Constitucional, por englobar o surgimento de novos direitos, valores, interpretações, concepções e o nascimento de novas matérias de índoles econômicas e sociais que refletiram positivamente na construção do direito contemporâneo à luz da Constituição (LIMA, FIGUEIREDO, 2015, p. 4).

É oportuno ressaltar que “neoconstitucionalismo não é um termo com significado unívoco” (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010, p.76), pois podem ser encontrados as denominações: constitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo, constitucionalismo avançado, constitucionalismo de direitos, dentre outros. Mas, todos representando o mesmo sentido.

### 1.2.3. Os papéis dos Tribunais Constitucionais

A partir do neoconstitucionalismo a atividade jurisdicional ganhou mais espaço e as Cortes Constitucionais receberam o importante encargo de serem Guardiãs Constitucionais. Com isso pode-se afirmar que as Cortes passam a ter um “papel crucial na proteção e garantia dos direitos fundamentais” (SANTOS, 2014, p. 9). Uma vez que, “de nada vale fazer uma Constituição, se ela não for obedecida” (ATALIBA, 1987, p. 189).

Desta forma, almejando cumprir com sua missão institucional de guardiãs, as Cortes atuam mediante pedidos de inconstitucionalidade e desempenham, segundo Luís Roberto Barroso (2017), três papéis diferentes: contramajoritário, representativo e iluminista.

As Cortes exercem o seu papel contramajoritário quando invalidam normas aprovadas no Parlamento ou no Congresso. O que em outra perspectiva “significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática” (BARROSO, 2017, p. 27).

O papel representativo, em regra, “tem como elemento essencial o voto popular e como protagonistas institucionais o Congresso e o Presidente, eleitos por sufrágio

universal” (BARROSO, 2017, p. 30). Entretanto, o Legislativo, conduzido por diferentes motivos, não atende determinadas reivindicações sociais; principalmente aquelas demandas que envolvem minorias. Porém, como já exposto no trabalho, com a ampliação da jurisdição constitucional coube as Cortes proteger os direitos fundamentais de todos, logo, são a elas que esses grupos recorrem para que suas demandas sejam ouvidas. Então, devido à falta de atuação legislativa as Cortes intervêm para atender à reivindicação que lhe foi solicitada. Em síntese, podemos dizer que o papel representativo das Cortes é, como o nome sugere, do atendimento pelas Cortes, das demandas sociais que não foram apreciadas a tempo pelo Legislativo (BARROSO, 2014b). E aos olhos de Luís Roberto Barroso (2017) é contraditório reconhecer, mas em determinadas situações as Cortes acabam sendo mais representativas que as próprias instâncias políticas tradicionais.

E por último, o papel iluminista é baseado no momento histórico que o próprio nome remete: o Iluminismo do século XVIII. É nesse período que:

[...] alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade (...) A razão passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade, com a difusão de valores como a limitação do poder, a tolerância religiosa, a existência de direitos naturais inalienáveis e o emprego do método científico, entre outros. (BARROSO, 2017, p. 37).

O que, em resumo, pode-se dizer é que o iluminismo, através do modo racional e humanista, consegue romper com as barreiras obscuras da discriminação propagadas contra grupos minoritários (negros, mulheres, judeus, ciganos, homossexuais, etc.). E, por consequência, a razão humanista “foi abrindo caminhos, iluminando a escuridão, empurrando a história” (BARROSO, 2017, p. 39). Essa razão que contribui para tolerância, pluralismo e “que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos” (BARROSO, 2017, p. 38).

Portanto, toda vez que a democracia for utilizada sob o critério de se submeter a simples vontade da maioria, caberá aos tribunais constitucionais iluminar racionalmente através da invocação da razão concretizada (Constituição) e defender os direitos dos grupos minoritários.

Como se constatou ao longo deste capítulo o cenário jurídico sofreu significativas mudanças ao longo da história, para que hoje houvessem formas de

evitar que as vontades da maioria se sobressaíssem, ilimitadamente, sob as vontades das minorias. No entanto, essa transição só aconteceu quando se percebeu que as Constituições deviam ser normas jurídicas superiores e que, na prática, existia a necessidade de se dispor de um guardião constitucional para assegurar a preservação dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

No próximo capítulo veremos duas grandes divergências resultantes do reconhecimento da supremacia constitucional. A primeira surge entre dois grandes juristas – Carl Schmitt e Hans Kelsen – pois, enquanto para aquele devia ser designado a função de guardião ao Presidente do Reich, para Kelsen deveria ser dado a um órgão autônomo. A segunda discordância surge a respeito da legitimidade das Cortes perante dois conceitos divergentes resultantes da teoria procedimental e da teoria substancial.

## **2. TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA**

No capítulo anterior vimos as diferentes perspectivas sobre como ocorreu a expansão das Cortes Constitucionais, mas veremos adiante que essa ampliação reacendeu um antigo questionamento, que atualmente adaptado, irá instigar os limites das Cortes no Regime Democrático.

### **2.1. Discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da constituição**

O debate entre os dois filósofos, que será apresentado adiante, é importante até os dias atuais, pois embora tenha ocorrido nas décadas de 20 e 30 do século XX, foi através de suas respectivas posições que ambos se pronunciaram sobre a jurisdição constitucional e apresentaram suas antagônicas ideias a respeito da figura responsável por ser o guardião constitucional. Enquanto para Carl Schmitt a Constituição deveria ficar sob a guarda de alguém eleito pelo povo: o Presidente do Reich; para Hans Kelsen deveria ficar com uma instituição neutra: as Cortes Constitucionais. Mais tarde, tais posições iriam fomentar o debate sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais no Estado democrático de direito.

#### **2.1.1. Posição de Carl Schmitt**

Para compreender a posição do filósofo, deve-se compreender primeiramente o conceito que ele apresentava sobre a Constituição. Pedro Moreira (2013, p. 4) explica que, para Carl Schmitt, “a Constituição não é (...) uma norma jurídica, ou pelo menos esse atributo normativo não tem – para ele – qualquer importância. A Constituição é uma decisão política da comunidade, identificando-se com a unidade política – e concreta – do próprio Estado”.

Assim, “se a Constituição não é norma; é – pois – decisão política fundamental” (SCHMITT, 2011 apud MOREIRA, 2013, p. 39) e há a necessidade de um Guardião Constitucional; a função de salvaguardar a Carta Magna, na perspectiva visão de Carl Schmitt, caberia a:

[...] um poder político máximo, situado acima de todos os outros (que seria, no caso, o soberano do Estado), ou por um órgão que não é superior aos outros, mas tem a função de coordenar os poderes, ou seja, um “*pouvoir neutre*”. Este “poder neutro, mediador, regulador e tutelar” (“*neutralen, vermittelnden, regulierenden und bewahrenden Gewalt*”), está no mesmo nível de todos os poderes constitucionais, embora tenha atribuições especiais para garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição. Este poder deve ser neutro exatamente para não fortalecer um dos poderes existentes. Segundo sua interpretação da Constituição de Weimar, este poder neutro é o do Presidente do Reich, independente do Parlamento, eleito por toda a nação e dotado dos poderes especiais do artigo 48 da Constituição. (BERCOVICI, 2003, p. 197)

Nada seria mais justo, sob os olhos do filósofo atribuir o papel de Guardião ao Presidente do Reich, visto que ele

[...] corresponderia ao princípio democrático da Constituição de Weimar, pois ele era eleito diretamente por todo o povo alemão. Deste modo, o Presidente era o centro de um sistema plebiscitário e capaz de fazer frente ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos representados no Parlamento. Ou seja, segundo Schmitt, o Presidente do Reich não garantiria apenas a Constituição, mas também a unidade do povo alemão como conjunto político. (BERCOVICI, 2003, p.198).

A escolha a respeito de quem seria para ele o Guardiã Constitucional não foi o suficiente para contrapor a teoria de Kelsen. Ele foi além, demonstrou o motivo de discordar sobre esse papel ser designado ao Poder Judiciário.

Primeiro, para Schmitt, “Kelsen havia criado uma ferramenta absolutamente antidemocrática para lidar com a questão da jurisdição constitucional, pois o que seria menos democrático do que um corpo de pessoas não eleitas decidindo as questões concernentes à constituição?” (BARROS, 2013, p. 2). Para ele haviam vários limites ao papel dos tribunais como guardiães da Constituição, como o fato de todo controle judicial ser um controle a posteriori. Além disso, era um controle acessório, que se exercita de maneira incidental por sentenças judiciais, ou seja, um controle difuso. (BERCOVICI, 2003, p. 195). E, como para Schmitt os problemas surgiram a respeito do conteúdo da norma, para ele era explícito que o vício seria uma questão da legislação e não uma questão de justiça. E o judiciário interferindo ocorreria novamente uma contradição, pois coube a cada parte, segundo Constituição, defendê-la no que lhes fosse cabível.

Por fim, para Carl Schmitt, o guardião constitucional já estava previsto na Constituição como sendo o Presidente do Reich, enquanto a seu ver o Tribunal

Constitucional “seria – em sua opinião – uma justiça política” (MOREIRA, 2013, p. 39), que não teria legitimidade popular para assumir o papel.

### 2.1.2. Posição de Hans Kelsen

Como aludido no início deste capítulo, Hans Kelsen também desenvolveu sua posição a respeito de quem deveria ser o guardião constitucional, através de sua obra denominada de “O guardião da Constituição”, na qual aproveitou a oportunidade para expor suas críticas à teoria de Carl Schmitt.

Para Hans Kelsen a Constituição é norma, e, sendo assim:

Não se trata, portanto, de decisão meramente política. Ela constitui o fundamento de validade de toda a ordem hierarquicamente inferior, de todo o sistema de normas que nela se assenta. Nesse sentido, o conjunto de leis infraconstitucionais, por exemplo, encontra o seu fundamento de validade na validade de uma norma de hierarquia superior, qual seja, a Constituição. (MOREIRA, 2013, p. 39).

É uma norma, e, ao contrário do que aponta Schmitt, não precisava encontrar-se numa situação de crise para se acionar um Guardião, pois:

[...] a função política da Constituição seria a de estabelecer limites jurídicos ao exercício de poder e, que uma Constituição que não possuísse a possibilidade de anular os atos inconstitucionais que viessem a ser praticados, não teria sua obrigatoriedade, seu cumprimento garantido. ” (LORENZETTO, 2009, p. 1933-1934)

Kelsen claramente preocupava-se em criar um método em que se mantivesse o respeito às normas constitucionais. Mas como, a seu ver, na maioria dos casos a violação constitucional partiria do parlamento ou do governo, “o controle de constitucionalidade não deveria ser confiado a um dos órgãos cujos atos deveriam ser analisados em face de sua compatibilidade com a Constituição, ou seja, o legislativo e o executivo. Isso porque ninguém poderia ser juiz em causa própria” (DORES, 2012, p.12). Logo, para ele, remanesceu ao Tribunal Constitucional o papel de ser Guardião Constitucional.

Entretanto, é mister diferenciar algo que Kelsen muito enfatizou. Há uma diferença entre um tribunal constitucional e um tribunal ordinário, embora eles possuam a semelhança de “serem aplicadores e criadores do direito, o segundo produziria apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao declarar a

incompatibilidade de uma norma com a Constituição, eliminaria uma norma geral, atuando, pois, como um legislador negativo” (DORES, 2012, p.12-13), ou seja, a função verdadeira da Corte Constitucional estaria mais próxima da função legislativa, mas com uma atuação negativa pelo fato de anular uma norma inconstitucional.

Outro ponto, observado pelo filósofo, que o levou a diferenciar tais tribunais era o fato de que, a seu ver, os tribunais ordinários, poderiam trazer insegurança ao Direito por meio de sentenças contraditórias geradas por diferentes tribunais e o risco de limitar-se a avaliar inconstitucionalidade quando submetidos a um caso concreto. Por isso, surge a ideia da jurisdição constitucional ser concentrada. (FILHO, 2018)

Hans Kelsen criticou a teoria do Presidente do Reich como Guardião da Constituição (LORENZETTO, 2009, p. 1934). Para Kelsen, “essa concepção acabaria por transformar o Presidente do Reich em senhor soberano do Estado” (DORES, 2012, p.12), pois os “poderes do Presidente seriam alargados a tal ponto que este ficaria muito próximo ao de uma ditadura” (LORENZETTO, 2009, p.1935).

O filósofo também se manifestou sobre o argumento apresentado por Schmitt de neutralidade do Presidente do Reich, pois para ele ocorria o contrário. O Presidente do Reich não possuía condições de ocupar o papel de Guardião por justamente não cumprir com o requisito de independência e neutralidade indispensáveis para exercer tal função (DORES, 2012).

Por fim, podemos concluir que o reconhecimento da Constituição como norma jurídica, defendida por Hans Kelsen, prevaleceu. Mas, é inquestionável que Schmitt ao questionar o lado “antidemocrático” da atuação das Cortes, conseguiu plantar ao menos um questionamento sobre a legalidade desses guardiões constitucionais. No que mais tarde resultou na dicotomia das teorias democráticas que serão esclarecidas adiante.

## **2.2. Teorias democráticas**

As críticas feitas por Schmitt às Cortes Constitucionais, fez-se surgir questionamentos a respeito da legitimidade delas perante a sociedade democrática. Dessa forma, faz-se necessário neste tópico, esclarecer quais as duas teorias existentes sobre democracia e de que forma elas depreendem o papel do Poder Judiciário nessa sociedade.

### 2.2.1. Teoria Procedimental

A teoria procedimental, que terá como representante nesse trabalho Jürgen Habermas, defende a ideia de democracia deliberativa, a qual:

[...] defende que o exercício da cidadania estende-se para além da mera participação no processo eleitoral, exigindo uma participação mais direta dos indivíduos no domínio da esfera pública, em um processo contínuo de discussão e crítica reflexiva das normas e valores sociais. (MEDEIROS, 2014, p.1)

Por isso Micheli Pereira (2009, p. 7) depreende que para Habermas:

[...] os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, devem entender-se também como autores do direito, por isso todos os afetados pela decisão política devem participar do processo de deliberação, e somente as normas obtidas dentro desse processo serão válidas.

E sob esse contexto, entende-se que para a teoria procedimental “os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 153), pois:

Para o procedimentalismo, desde que os procedimentos para a tomada de decisões democráticas estejam abertos para todos os cidadãos e para todos os pontos de vista e, ainda, desde que as minorias estejam devidamente representadas, não há nada de antidemocrático em permitir que se decida por meio dos procedimentos democráticos questões controversas sobre direitos (CONSANI, 2016, p. 21).

Logo, segundo esse contexto, podemos depreender que a função do Poder Judiciário não seria a de atuar nas lacunas deixadas pelos outros poderes, pois os defensores dessa teoria afirmam “que os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático realizado pela própria sociedade e não pelo Poder Judiciário, que não teria legitimidade por não ter sido eleito” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 154). Assim como “não teria competência de revisar as normas elaboradas democraticamente pelos cidadãos” (PEREIRA, 2009, p. 7).

O Judiciário teria legitimidade “para restringir a vontade da maioria tão-somente enquanto guardião do procedimento democrático e, por conseguinte, da própria



democracia, não lhe cabendo o papel de legislador positivo ou negativo” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 154).

Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário o dever de:

[...] apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos, atentaria ao princípio democrático (CONSANI, 2016, p. 153).

Então, depreende-se que a teoria procedimental insere o “Judiciário como agente institucional que deve garantir as regras do processo democrático” (FURTADO; CAVALCANTE, 2009, p. 110) e permite que ele possa agir como controlador e fiscalizador do processo, para que assim consiga reverter possíveis distorções e melhorar os espaços para os debates.

Por fim, aos olhos dos procedimentalistas a Constituição é a responsável por estabelecer as condições necessárias para que ocorra o procedimento democrático, mas esse sistema não se limita a um simples repasse das:

“(...) políticas para o crivo posterior da opinião pública, mas que permite, de algum modo, a inserção dos meios sociais nas criações das políticas e em seu planejamento (...) e espera que os interesses individuais possam ser expostos e discutidos em instâncias públicas, por intermédio de canais comunicativos institucionalizados nas Constituições, de modo que opiniões consensuais possam ser construídas como resultado do uso público da razão” (SANTIAGO; FROTA; MACHADO; BARROSO; 2012, p. 178).

E o judiciário nesse contexto, só teria um exercício legítimo se atuasse como o Poder responsável por manter o funcionamento da democracia representativa condizente com os procedimentos previstos na Constituição e criasse métodos de comunicação que permitissem o maior acesso dos atores sociais nas deliberações democráticas.

### 2.2.2. Teoria Substancial

Como dito anteriormente todas teorias partiram do conceito de democracia, mas na teoria substancial, que tem como maior representante Ronald Dworkin, não havia um consenso sobre o conceito de democracia, pois segundo ele:

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os

cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias. (DWORKIN, 2006, p. 23-24).

Mas, para tentar definir um conceito e desenvolver sua teoria substancial, Dworkin começou a analisar democracia sob dois vieses: visão majoritária e outra comunitária. A primeira é um governo resultante da escolha do maior número de pessoas, no qual se “atribui supremacia política à maioria sem qualquer garantia de justiça nas decisões políticas, que muitas vezes são proferidas contrariando os interesses das minorias” (MARQUES; RIBEIRO, 2015, p. 332). E a segunda visão, considera a unidade dos integrantes, no qual não só a opinião da maioria é observada, pois “a decisão da maioria somente pode ser considerada democrática quando determinadas condições são atendidas” (MOTTA, 2014, p. 69).

Dworkin então define uma teoria de democracia que denominou de teoria da concepção constitucional da democracia, na qual:

[...] o objetivo que define a democracia é diferente da concepção majoritária, pois na teoria de Dworkin as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. (DWORKIN, 2006, p. 26).

Nesse momento faz-se importante esclarecer que Dworkin não é contrário totalmente ao governo majoritário, o que ele busca é:

[...] é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições ‘democráticas’ – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas. (DWORKIN, 2006, p. 26).

Portanto, a partir do conceito elaborado por Dworkin ele desenvolve a teoria substancial, que irá refutar a teoria procedimental de Habermas. Pois, ele irá defini-la como “a teoria que, baseada numa Constituição rígida, busca resultados que venham a garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 156). Logo,

para o autor caberá aos juízes realizarem uma leitura moral da Constituição, diferente do que propôs Habermas.

Para “Dworkin, a ciência jurídica precisa ter uma atitude interpretativa, em oposição ao caráter descritivo do positivismo ou a visão de direito como sistema” (PEREIRA, 2009, p. 9), visto que:

[...] o constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular. São estes direitos que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo estão, na verdade, protegendo o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio Poder Constituinte. (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 156).

À vista disso, a teoria substancial entende que:

“(...) o Judiciário deve assumir postura ativa na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Sendo pró-ativo na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, o Judiciário garante a inserção de minorias que não alcançam sucesso no processo de representação eleitoral” (FURTADO; CALCANTE, 2009, p. 111)

Sob essa argumentação, através do controle substancial o Poder Judiciário pode rever as normas aprovadas, dar interpretação às normas e avaliar se são ou não compatíveis com os valores constitucionais. Uma vez que não há como exigir que a sociedade seja livre, democrática e tenha seus direitos garantidos se não impor limites ao poder do governo, e, mais uma vez, frise-se que “e o papel da jurisdição constitucional é justamente o de proteger esses direitos, ainda que seja contra atos do próprio governo” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 157).

Diante disso, infere-se que a teoria substancialista defende a interferência do Poder Judiciário sob argumentação de que coube a ele proteger um dos pilares da democracia: os direitos fundamentais (frente às deliberações majoritárias quando desrespeitarem os direitos das minorias). E irão exercer suas funções independente de sua atuação ser no sentido contrário ao das decisões dos outros Poderes.

Por fim, é mister informar que diferenciar ambas teorias democráticas é de extrema importância, pois veremos nos próximos capítulos que o reconhecimento dos direitos referentes a comunidade LGBT, só tem ocorrido por meio do STF devido ser

aplicada a interpretação da Constituição, sob a justificativa de assegurar os direitos fundamentais dessa minoria, ou seja, a aplicação da teoria substancial.

### 3. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo será apresentado o importante papel desenvolvido pelas Supremas Cortes e Cortes Constitucionais ao garantir – mesmo que de forma contrária à maioria representada – os direitos fundamentais de pessoas pertencentes à Comunidade LGBT<sup>9</sup>.

No tocante ao caso brasileiro será primeiramente explanado como ocorreu a evolução da jurisdição constitucional – no período anterior e posterior à Constituição de 1988. Para assim, iniciar a constatação de que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem sendo responsável por garantir nos dias atuais muitos direitos aos indivíduos LGBT no Brasil.

#### 3.1 O papel contramajoritário das cortes constitucionais

Nos tópicos seguintes se abordará a origem da expressão “atuação contramajoritária” e como essa atuação se dá na prática, com Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais garantindo os direitos fundamentais da Comunidade LGBT, tanto nos Estado Unidos da América como em outras partes do mundo.

##### 3.1.1. Delineando o Contramajoritarismo da Suprema Corte Norte-Americana

A obra intitulada *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*<sup>10</sup>, de Alexander Bickel (1924-1974), proporcionou uma grande contribuição para o debate a respeito da *judicial review*., ao tratar que o Poder Judiciário “exercises control not in behalf of the prevailing majority, but against it”<sup>11</sup> (BICKEL, 1986, p. 17 apud SANTOS, 2015, p. 10, tradução da autora).

---

<sup>9</sup> Sabemos que as siglas do movimento variam frequentemente, pois pretendem que todas pessoas se sintam representados pelo movimento. Hoje, por exemplo, temos como a abreviação mais completa a LGTBPQIA+, representando Lésbicas; Gays; Bissexuais; Travestis, Transexuais e transgêneros; Pansexuais; Queer; Intersexual; Assexuais e o sinal “+” (inclui pessoas que não se sintam representadas pelas outras oito letras). Entretanto, a Organizações das Nações Unidas (ONU) utiliza o termo LGBT. Sendo assim, utilizarei esse mesmo termo LGBT, mas propondo a possibilidade de especificar caso exista a necessidade.

<sup>10</sup> Publicado em 1962 e sem tradução para a língua portuguesa.

<sup>11</sup> Tradução: exerce o controle não em favor da maioria predominante, mas contra ela.

A obra foi a primeira a cunhar a expressão “the countermajoritarian difficulty” (dificuldade contramajoritária), que retrata a ideia de que o Poder Judiciário não possui representantes eleitos pelo povo, e que, ao exercer o controle de constitucionalidade, estaria atuando de maneira contramajoritária (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014).

Em síntese, podemos dizer que a dificuldade contramajoritária “quer dizer que o Judiciário, que é composto de membros não eleitos, atua para invalidar atos do poder legislativo cujos membros foram eleitos” (BARROSO, 2009, p. 12). Ou seja, a atuação das Supremas Corte ou Cortes Constitucionais no controle de constitucionalidade - quando invalida leis, parte delas, ou dá interpretação conforme - é uma atuação “contrária” a maioria.

Sendo assim, Alexander Bickel acabou colaborando com os argumentos que tendiam a afirmar que o “Estado que adota a democracia representativa, o Poder Judiciário é um poder não democrático” (SANTOS, 2015, p. 10). No entanto, partindo da premissa Dworkiana (exposta no capítulo anterior) a democracia vai além da decisão da maioria (MOTTA, 2014). Daí entenderemos que a afirmação de que as Cortes Constitucionais - ao atuarem no controle de constitucionalidade - não são democráticas é incoerente.

É importante informar que não nos cabe mais aqui nesse capítulo reacender a discussão sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais, porém, é importante ressaltar que tal “visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 127).

O que nos cabe neste tópico é entender o contramajoritarismo e que o controle de constitucionalidade é essencial à constituição de um Estado Democrático de Direito (apesar da dificuldade contramajoritária), senão vejamos:

[...] se constitua em uma dificuldade contramajoritária, é um elemento essencial à constituição de um Estado Democrático de Direito, posto que, apesar de atuar contra a vontade da maioria ordinária, expressa-se em favor de uma maioria mais forte, que está representada pela Constituição (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014, p. 59).

Tocqueville desde cedo afirmou que era raro nos Estados Unidos que uma questão política não se transformasse, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial (TOCQUEVILLE, 1990, apud BARROSO, 2017). Parte da sociedade americana que normalmente não se sentia representada pelo Legislativo e que não

via os seus direitos fundamentais respeitados e ouvidos conseguiram através da Suprema Corte que seus direitos fossem assegurados perante uma maioria ordinária.

São inúmeros os casos americanos que demonstram a importância de manter o controle de constitucionalidade frente à democracia representativa:

[...] incluem temas como segregação racial, divisão de distritos eleitorais, separação de Poderes, direitos dos acusados em processos criminais, liberdade de expressão, financiamento de campanha, ações afirmativas, proteção dos direitos de mulheres, gays e transexuais, em meio a muitos outros (BARROSO, 2017, p. 10).

Dentre todos estes temas, importante destacar uma das decisões que demonstra bem esse papel contramajoritário da Suprema Corte Norte-Americana. Tal decisão viabilizou a proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBT. A respectiva decisão foi proferida em 26 de junho de 2015, quando a “maior autoridade jurídica americana julgou o *Case Obergefell v. Hodges*. James Obergefell processou o Estado de Ohio, requerendo seu reconhecimento como viúvo de seu falecido parceiro, John Arthur”<sup>12</sup> (BUNCHAFT; VINCIGUERRA, 2017, p. 743). Na histórica decisão, por cinco a quatro, deliberou-se que o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo não poderia ser negado pelos Estados, determinando-se o reconhecimento e a validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo em todos os Estados Americanos (BUNCHAFT; LIMBERGER; MOREIRA, 2016).

Dentre os votos proferidos, o voto do *Justice* Anthony Kennedy destaca-se, por partir da premissa que nos Estados Unidos o casamento é um direito fundamental:

“[...] em que pese a democracia contemplar o meio adequado para mudança social e preservação da liberdade - as pessoas que são prejudicadas e

<sup>12</sup> Obergefell se casou com John Arthur, seu companheiro por mais de vinte anos, em outubro de 2013. Dois anos antes de casar (2011), Arthur foi diagnosticado com a esclerose lateral amiotrófica, uma doença incurável. Assim, visando obter reconhecimento federal do casamento antes que Arthur morresse, o casal celebrou o casamento em Maryland. Após, ao mudarem de residência para Ohio, postularam o reconhecimento da licença de casamento junto às autoridades de Ohio, a qual foi negada. O Estado não reconheceu a licença de casamento e, por isso, o casal decidiu ajuizar ação contra o governador daquele Estado, John Kasich, na United States District Court for the Southern District of Ohio, afirmando existir discriminação, por parte do Estado, contra casais do mesmo sexo que haviam celebrado casamento fora da jurisdição de Ohio. Na apelação para o Sixth Circuit of Appeals, em seis de novembro de 2014, o Sixth Circuit of Appeals, decidiu por dois votos a um que a proibição ao casamento entre homossexuais não viola a Constituição. Em quatorze de novembro de 2014, casais do mesmo sexo ajuizaram uma petição de Writ of certiorari na Suprema Corte, para que analisasse se a recusa de Ohio em reconhecer o casamento entre pares sexuais iguais - realizado em outros Estados - violava as garantias do Due Process e equal protection e se a recusa do Estado em reconhecer o julgamento adotado por outro Estado violava as diretrizes da Credit clause e Full Faith da Constituição (BUNCHAFT; VINCIGUERRA, 2017, p. 743)

humilhadas não necessitam esperar pela ação legislativa para garantir a efetividade de um direito fundamental. **As Cortes devem ser receptivas a indivíduos que sofrem danos e que pretendem reivindicar um direito fundamental consagrado na Constituição, mesmo havendo um desacordo público amplo, e mesmo que o legislador se recuse a agir** (BUNCHAFT; VINCIGUERRA, 2017, p. 745). (Grifo nosso).

Sendo assim, o voto de Kennedy junto com os outros 4 votos, demonstrou que em um país democrático há a força majoritária, mas há também a força contramajoritária do Judiciário, para assim garantir a proteção dos direitos fundamentais das minorias. Pois, são esses “direitos que garantem o funcionamento da democracia” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 156).

Além da Suprema Corte dos Estados Unidos, muitas outras Supremas Cortes atuaram contramajoritariamente em seus respectivos países visando a proteção de direitos fundamentais, como veremos adiante.

### 3.1.2. Descrição sumária de casos contramajoritários das Supremas Cortes pelo mundo

Neste subitem serão expostos (sucintamente) outros casos que também se destacaram pela atuação contramajoritária das Supremas Cortes em assuntos que envolvem a temática LGBT.

Em Taiwan<sup>13</sup>, em decisão proferida no dia 24 de maio de 2017, a Suprema Corte decidiu, por 12 a 2 votos, que o dispositivo do Código Civil taiwanês desrespeitava a Constituição, visto que esta garantia a liberdade de casamento e a igualdade entre os cidadãos. Com base nisso, a decisão determinou que o Parlamento aprovasse a mudança – no prazo de dois anos – para que pessoas do mesmo sexo fossem autorizadas a casar (mas caso o legislador não atue, ainda assim, que os casais possam realizar o registro de casamento) (PRESSE, 2017).

Na Colômbia, por sua vez, “as sentenças da Corte tiveram um papel fundamental na mobilização de ativistas pelos direitos dos homossexuais” (GARCÍA; UPRIMNY, 2004 apud RIPOLL, 2009, p. 83), pois, embora a própria Constituição não mencionasse os direitos dos homossexuais, a Corte estendeu os direitos a igualdade

---

<sup>13</sup> Com a decisão a ilha passará a ser o primeiro território asiático a legalizar o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.



e dignidade humana para proteger contra a discriminação por orientação sexual (RIPOLL, 2009).

Na história colombiana, a Suprema Corte possui uma jurisprudência extensa, responsável por reconhecer gradativamente<sup>14</sup> os direitos das minorias sexuais (CARDINALI, 2017). Uma das sentenças que proporcionou, mais tarde, grandes avanços para o reconhecimento dos direitos deste grupo foi proferida em 07 de fevereiro de 2007. Nessa decisão a:

[...] Corte afirmou que agora considerava que a exclusão desses casais [do mesmo sexo] dos benefícios patrimoniais da união marital era uma violação dos direitos humanos fundamentais (COLÔMBIA, C-075, 2007a; C-098, 2007b). Ela destacava que a lei era inconstitucional porque impunha a heterossexualidade como condição para ter acesso a esses benefícios (RIPOLL, 2009, p. 85).

Essa sentença recebeu grande destaque não só porque garantiu benefícios patrimoniais da união entre casais do mesmo sexo, mas também porque estimulou outras decisões. Segundo Daniel Cardinali (2017, p. 36):

A partir deste precedente, a Corte Constitucional estendeu aos casais homossexuais o mesmo regramento vigente para casais de pessoas de sexo distintos no tocante à seguridade social (C-811/2007 e T-856/2007), à previdência (C-336/2008, T-1241/2008 e T-357/2013) e a “porção conjugal”/meação (C-283/2011). A argumentação utilizada pela Corte nestes casos repetiu a do leading case, no sentido de que as normas atacadas seriam discriminatórias em razão de um déficit de proteção de direitos constitucionais das pessoas homossexuais.

Já a Corte Constitucional sul-africana começou a se posicionar contramajoritariamente em demandas sociais, a partir da década de 90, quando:

[...] enfrentou polêmicas complexas envolvendo a liberdade religiosa e o direito à diversidade, atinentes à autonomia normativa e disciplinar das instituições educacionais privadas, à índole laica e pluralista do Estado, à legislação penal antitóxicos e à situação de hipossuficiência, exclusão social ou vulnerabilidade socioeconômica de pessoas que possuem orientação sexual ou comungam de valores culturais e religiosos minoritários. (FROTA, 2011, p. 2).

Devido sua exemplar atuação em diferentes situações a Corte Constitucional sul-africana “tem recebido particular atenção por parte dos constitucionalistas de

---

<sup>14</sup> Até o início da década de 2000 a Corte Constitucional colombiana “protegia os indivíduos em sua orientação sexual, mas não os casais.” (RIPOLL, 2009, p. 83)

várias partes do mundo e, por via de consequência, seus julgados têm sido amplamente discutidos por acadêmicos de outros países” (NETO, 2014, p. 191). Dentro da temática LGBT há pelo menos duas grandes decisões: o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>15</sup> e o caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*.

Na primeira decisão, a Corte entendeu que o impedimento para o casamento entre pessoas do mesmo sexo contrariava a Constituição sul-africana<sup>16</sup>. E além do mais, ressaltou-se que tal impeditivo também não teria motivo “social”, pois a:

[...] exegese ampliativa traria impacto orçamentário mínimo, preservaria os mecanismos institucionais já consolidados, engrandeceria a proteção jurídica à família, não imporia às autoridades e instituições eclesásticas a adoção, no âmbito religioso, do casamento homoafetivo, não obstaría casais heterossexuais de se casarem conforme suas convicções religiosas e consoante o procedimento jurídico que reputarem o mais adequado, e permitiria às autoridades matrimoniais se absterem de celebrar a cerimônia de consórcio homoafetivo, em caso de escusa de consciência (acórdão dos casos CCT 60/04 e CCT 10/05, § 162, nº 2, alíneas d e e, c/c §§ 11, 122, 156 e 159 apud FROTA, 2011, p. 12).

Ao final, a Corte de Johannesburgo decidiu suspender:

[...] por 12 (doze) meses a entrada em vigência da declaração de inconstitucionalidade da Lei Matrimonial de 1961, com vistas a franquear ao Parlamento a oportunidade de reformar o apontado diploma legislativo, sob pena da Corte, encerrado tal interstício, impor a adoção de interpretação extensiva<sup>17</sup>(FROTA, 2011, p. 12).

Quanto ao caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, em resumo, João Neto (2014, p. 207) explica:

[...] a Corte declarou inconstitucional a omissão de uma lei de imigração que garantia benefícios a estrangeiros casados com sul-africanos. Tais vantagens eram concedidas a maridos e esposas heterossexuais apenas, de modo que um casal homossexual alegou a inconstitucionalidade da lei.

<sup>15</sup> Caso *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*.

<sup>16</sup> Seria incompatível com a seção 9(3) da Constituição sul-africana de 1966, no qual afirma que “O estado não pode discriminar injustamente, direta ou indiretamente, alguém por um ou mais motivos, incluindo raça, sexo, estado civil, ou origem social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, crença, cultura, língua e nascimento.”

<sup>17</sup> Antes do prazo expirar, em novembro de 2006, o parlamento modificou a lei segundo os termos da manifestação da Corte Constitucional.

Sendo assim, a Corte Constitucional decidiu que o benefício imigratório “deveria ser estendido aos casais homossexuais e que, independentemente de recorrer ao parlamento, ela poderia acrescentar os termos necessários para que a lei se tornasse compatível com a Constituição.” (NETO, 2014, p. 208)

Imerso nesse tema, Hidemberg Frota (2011) destacou brilhantemente alguns fundamentos invocados pela Corte Constitucional da África do Sul, dentre os quais os seguintes: a) há uma preocupação Constitucional de unir e fortalecer a África do Sul, através da promoção da igualdade, liberdade e dignidade de todas as pessoas humanas, para assim conduzir uma sociedade democrática; b) buscar manter tais fundamentos constitucionais, mesmo que exista como obstáculo uma comissão legislativa que muitas vezes reforça as crenças sociais discriminatórias (sob uma ótica biológica e moral), contra os casais homossexuais que muitas vezes resulta na situação de inferioridade, quando contrastados como os casais heterossexuais.

Com isso, podemos dizer que embora os países acima citados tenham interferido, em momentos diferentes, em algum assunto referente à temática LGBT, é possível uma preocupação comum e crescente com a proteção dos direitos fundamentais desse grupo minoritário. As decisões demonstram a utilização do controle constitucional para fazer valer os direitos fundamentais desses grupos (em uma atuação contramajoritária, já que as maiorias não garantiram tais direitos pela via representativa). Tal situação, segundo Néviton Guedes (2012), Bickel denominou “dificuldade contramajoritária”.

### **3.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**

Nos capítulos anteriores vimos que na Europa Ocidental o “divisor de águas” para muitas mudanças no plano constitucional ocorreram com o fim da Segunda Guerra Mundial, entretanto, veremos nos tópicos seguintes que no Brasil as mudanças começaram após a promulgação da Constituição de 1988. Nesse período houve no Brasil o reconhecimento da supremacia constitucional e a ampliação do papel do Poder Judiciário.

#### **3.2.1. O período anterior à Constituição de 1988.**

Partindo de todo contexto até agora exposto, é importante perceber que as notáveis mudanças ocorridas na cultura jurídica (SARMENTO, 2009), responsáveis por proporcionar uma maior atuação dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, ocorreu quando houve um maior reconhecimento da superioridade constitucional. No Brasil não foi diferente.

Embora o controle jurisdicional de constitucionalidade<sup>18</sup> das leis já existisse desde o período da República Velha, em 1891<sup>19</sup>. (FILHO, 2008), até a segunda metade do século XX, o controle de constitucionalidade não tinha um papel significativo no cenário político ou judiciário brasileiro (NETO; SARMENTO, 2013).

No nosso país existiram alguns fatores que contribuíram para que não houvesse um protagonismo muito grande do Judiciário. Dentre os principais motivos estava a concepção bastante difundida de que a Carta Magna era um documento meramente político e não norma para valer (NETO; SARMENTO, 2013). As Constituições “não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas” (SARMENTO, 2009, p. 06).

Tratando sobre as oito<sup>20</sup> Constituições brasileiras, Daniel Sarmento (2009, p. 6) exemplifica, dizendo que a:

[...] Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar.

Logo, pode-se dizer que as Constituições não detinham a posição de norma suprema, quando, finalmente, a partir de 1988, a Constituição “Cidadã” passou a

---

<sup>18</sup> “No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988”. (BARROSO, 2005, p. 6)

<sup>19</sup> A República Velha “adotou a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a inspiração de Rui Barbosa, não só denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil) como as instituições da república, federação, presidencialismo e até mesmo o modelo, típico do sistema do Common Law, da jurisdição universal (judicial review), este a permitir ao juiz a mais ampla cognição, aos tribunais comuns se submetendo todas as causas.” (FILHO, 2008, p. 5)

<sup>20</sup> O Brasil, desde a sua independência, teve sete Constituições: as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Alguns consideram como uma oitava Constituição a Emenda nº 1, outorgada pela junta militar, à Constituição Federal de 1967, que teria sido a Constituição de 1969. No entanto, a história oficial considera apenas sete. (Notícias STF, 2008).

ocupar tal status (embora Rui Barbosa<sup>21</sup> tenha procurado formas de “obrigar” os juízes a obedecerem à Constituição antes das leis) (FILHO, 2008).

Esse fato nos faz lembrar o contexto europeu, antes da Segunda Guerra Mundial, em que prevalecia uma cultura jurídica que entendia a lei produzida pelo legislativo ordinário como fonte principal (SARMENTO, 2009). Também no Brasil se mantinha a ideia de que “a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei” (SARMENTO, 2009, p. 6).

Quanto aos direitos fundamentais, nos encontrávamos dependentes de um legislativo, assim como a população europeia antes da Segunda Guerra. Segundo Daniel Sarmiento (2009, p. 09) na Europa os direitos fundamentais valiam apenas “na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos”. Logo, o cenário que se tinha para os grupos minoritários não era dos melhores. Entretanto, houve uma grande mudança no país após a Constituição de 1988, a qual se buscará descrever no tópico seguinte.

### 3.2.2. O período posterior à Constituição de 1988

Após as graves violações de direitos humanos ocorridas no período da Segunda Guerra Mundial, a Europa reformulou o seu modelo e sua cultura constitucional. Por sua vez, na América Latina, em especial no Brasil, tais mudanças ocorreram após as violações perpetradas no período da ditadura militar (1964-1985) (NETO; SARMENTO, 2013).

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 representou a travessia democrática brasileira e contribuiu decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política do país (BARROSO, 2005). Mas, ela também trouxe uma mudança na compreensão dos juristas e operadores do direito, que passaram a

---

<sup>21</sup> Rui Barbosa contribuiu “na elaboração da Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal, em 1824, a fazer constar no art. 13, § 10, surpreendentemente, que os juízes obedecerão à Constituição e às leis, nesta ordem...”

E mesmo assim Rui Barbosa não se viu bem-sucedido na sua empreitada reformista, pois os juízes – e até aqueles que integravam o Excelso Pretório – recusavam tal controle sobre os outros Poderes da República.” (FILHO, 2008, p. 5)

considera-la aos poucos como norma (e não como um documento político) (SIMÕES, 2014).

A nova Carta previu “um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata” (SARMENTO, 2009, p. 6). Entretanto, sabia-se que não bastava criar apenas direitos fundamentais, mas que era preciso romper de vez com a antiga visão constitucional, para assim garantir de fato tais direitos.

A vista disso atribuiu-se à Constituição um status de norma jurídica superior, reconhecendo a força normativa dos princípios jurídicos (SIMÕES, 2014). Além disso, a Constituição de 1988 manteve o sistema híbrido, combinando o controle por via incidental e difuso (americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu) (BARROSO, 2005), dando mais espaço para a atuação do Poder Judiciário na garantia de direitos.

Sendo assim, coube ao Poder Judiciário consolidar a democracia e concretizar os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2011)<sup>22</sup>. No entanto, toda sistemática de jurisdição constitucional priorizado pelo constituinte enriqueceu - em larga escala - um ambiente propício ao desenvolvimento do processo de judicialização da política (SARMENTO, 2009).

Mas, o fato é que a judicialização da política no Brasil desenvolveu-se com a contribuição de um conjunto de fatores, nos quais dentre eles destaca-se: a “desilusão com a política majoritária<sup>23</sup>” (BARROSO, 2017, p. 7); o significativo aumento na

---

<sup>22</sup> Reforçou-se “o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção.” (SARMENTO, 2009, p. 6).

<sup>23</sup> A desilusão com a política majoritária, segundo Luís Roberto Barroso (2017), advém da crise de representatividade e de funcionalidade do parlamento.

demanda por justiça em nossa sociedade<sup>24</sup> (BARROSO, 2005) e a considerável mudança na cultura jurídica<sup>25</sup> (NETO; SARMENTO, 2013).

Segundo Cláudio Neto e Daniel Sarmento (2013), através da Constituição de 88 passamos a ter muitos legitimados ativos para as ações do controle concentrado e uma diversidade de temas/direito no texto constitucional, tornando inevitável que questionamentos de grande relevância social (principalmente de grupos minoritários) fossem suscitados perante a Suprema Corte brasileira. Daí ganhou força a chamada judicialização<sup>26</sup>, fenômeno que ocorre quando algumas questões de larga repercussão política ou social “estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 3).

Neste momento, é importante esclarecer que “judicialização e ativismo judicial não são a mesma pessoa. São primos. Vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas têm origens e causas imediatas diversas” (BARROSO, 2017, p. 11). O ativismo, “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2017, p. 12), enquanto a judicialização – como já exposto – é:

(...) um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos. Esse arranjo inclui o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e a existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento (BARROSO, 2017, p. 10)

Entretanto, era previsível que a crescente ampliação do controle de constitucionalidade não sucederia sem resistência, pois assim como nos EUA, surgem aqui questionamentos referente à “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário (NETO; SARMENTO, 2013), especialmente do STF, considerando que ele tem o

---

<sup>24</sup> Para Barroso (2005, p. 44) “a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual”.

<sup>25</sup> Foi a partir desse momento que o Poder Judiciário “passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 124)

<sup>26</sup> Em seu artigo, Luís Roberto Barroso (2017) denominou de “a judicialização da vida”. Pois, segundo Barcellos (2011), é neste momento que o judiciário conseguiu adentrar na vida de todas as camadas sociais, mas principalmente nas mais baixas.

poder de “invalidar as decisões adotadas pelo legislador, escolhido pelo povo” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 125), quando elas forem contrárias a Carta Magna.

Todavia, vimos em tópicos anteriores que a despeito dessa discussão sobre a legitimidade das Supremas Corte ou Cortes Constitucionais – devido sua atuação contramajoritária – existem minorias (raciais, religiosas, gênero, orientação sexual, etc.) que precisam fazer valer os seus trunfos<sup>27</sup> contra a maioria, e encontram no Judiciário sua arma de defesa<sup>28</sup>, pois são os juízes que conseguem assegurar os direitos desses grupos (ATALIBA, 1987); visto também, que os próprios:

atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha (BARROSO, 2017, p. 7)

No Brasil temos um claro exemplo disso, pois – como veremos no próximo capítulo – em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Enquanto que o projeto de Lei nº 612<sup>29</sup>, do mesmo ano da decisão, proposto pela Senadora Marta Suplicy, até o momento atual nunca foi votado no Senado.

Diante do exposto, é inegável perceber que “uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário” (BARROSO, 2005, p. 26). E com essa ascensão, surge na prática “um instrumento protetor das minorias políticas” (CAMPAGNOLI; MANDALAZZO, 2014, p. 60) e conseqüentemente uma satisfação social desses grupos. A título de exemplo, temos

---

<sup>27</sup> Jorge Reis Novais (2006, p. 17) explica que “basicamente à ideia originária de Dworkin, segundo a qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes. ”

<sup>28</sup> Segundo Simões (2014, p. 9) “À medida que decisões importantes e questões polêmicas passaram a ser decididas pela Suprema Corte, está se viu em posição muito mais importante na sociedade, e a clássica separação de poderes, que impunha limites rígidos ao poder judiciário, cedeu espaço a outras visões mais favoráveis a atuação dos magistrados para a tutela de direitos e garantias fundamentais. ”

<sup>29</sup> O projeto de Lei consiste em alterar “a redação do art. 1.723 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) para reconhecer como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; altera a redação do art. 1.726 da referida Lei para prever que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração, produzindo efeitos a partir da data do registro do casamento. ” (BRASÍLIA, 2011)



as decisões proferidas pelo STF que contribuíram substancialmente a comunidade LGBT quanto aos seus direitos fundamentais. Porém, como se faz necessário demonstrar detalhadamente algumas das principais decisões, deixo para o próximo capítulo tal incumbência.

## 4. DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS DO STF RECONHECENDO OS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT

Neste último capítulo será demonstrada a importância que o Supremo Tribunal Federal adquiriu – perante as minorias – ao se posicionar contramajoritariamente e reconhecer direitos referentes à comunidade LGBT.

Os exemplos apresentados nos tópicos a seguir englobarão a união homoafetiva e sua grande relevância para o reconhecimento da adoção para essa entidade familiar. E a mais recentemente, a decisão sobre a permissão para alteração de registro público de pessoas trans.

### 4.1. União Homoafetiva

Como tratado no capítulo anterior, a partir da Constituição Federal de 1988 o STF assumiu maior protagonismo, permitindo às minorias buscar maior “amparo no Judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição frente a maiorias (eventuais)” (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 67). A exemplo disso temos decisões favoráveis proferidas pelo STF dentro da temática que envolve a comunidade LGBT.

O primeiro caso a ratificar a atuação contramajoritária da Suprema Corte Brasileira, na defesa de direitos fundamentais, ocorreu em 2011, quando houve o reconhecimento das uniões homoafetivas. É importante destacar que a busca pela Suprema Corte não foi a primeira *ratio* do grupo para solucionar essa negação de direitos (assim como para resolver outras restrições a outros direitos desse grupo vulnerável). Pois, vejamos.

A luta pelos direitos de pessoas homossexuais no Brasil começou com o fim da ditadura militar<sup>30</sup>, porém, por mais que o movimento tenha evoluído com o passar dos anos, os direitos em si não eram garantidos na prática. Por exemplo, na lista abaixo, apresentada em uma matéria da Revista Super Interessante, de 2004, são especificados os direitos garantidos às pessoas heterossexuais ao casarem, mas que não eram estendidos aos casais homossexuais:

1. Não podem casar

---

<sup>30</sup> O movimento ganha realmente força em 1978 – com a publicação do jornal *Lampião de Esquina* – com o propósito de lutar por mulheres, negros, homossexuais e índios. (FLEURY; TORRES, 2010)

2. Não têm reconhecida a união estável
3. Não adotam sobrenome do parceiro
4. Não podem somar renda para aprovar financiamentos
5. Não somam renda para alugar imóvel
6. Não inscrevem parceiro como dependente de servidor público
7. Não podem incluir parceiros como dependentes no plano de saúde
8. Não participam de programas do Estado vinculados à família
9. Não inscrevem parceiros como dependentes da previdência
10. Não podem acompanhar o parceiro servidor público transferido
11. Não têm a impenhorabilidade do imóvel em que o casal reside
12. Não têm garantia de pensão alimentícia em caso de separação
13. Não têm garantia à metade dos bens em caso de separação
14. Não podem assumir a guarda do filho do cônjuge
15. Não adotam filhos em conjunto
16. Não podem adotar o filho do parceiro
17. Não têm licença-maternidade para nascimento de filho da parceira
18. Não têm licença maternidade/ paternidade se o parceiro adota filho
19. Não recebem abono-família
20. Não têm licença-luto, para faltar ao trabalho na morte do parceiro
21. Não recebem auxílio-funeral
22. Não podem ser inventariantes do parceiro falecido
23. Não têm direito à herança
24. Não têm garantida a permanência no lar quando o parceiro morre
25. Não têm usufruto dos bens do parceiro
26. Não podem alegar dano moral se o parceiro for vítima de um crime
27. Não têm direito à visita íntima na prisão
28. Não acompanham a parceira no parto
29. Não podem autorizar cirurgia de risco
30. Não podem ser curadores do parceiro declarado judicialmente incapaz
31. Não podem declarar parceiro como dependente do Imposto de Renda (IR)
32. Não fazem declaração conjunta do IR
33. Não abatem do IR gastos médicos e educacionais do parceiro
34. Não podem deduzir no IR o imposto pago em nome do parceiro
35. Não dividem no IR os rendimentos recebidos em comum pelos parceiros
36. Não são reconhecidos como entidade familiar, mas sim como sócios
37. Não têm suas ações legais julgadas pelas varas de família

Antes de prosseguir, é importante recordar que a Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado). Logo, havia um bom número de decisões favoráveis aos casais homossexuais (principalmente do TJRS), enquanto em outros tribunais existia a negativa, com base no argumento de que a união entre pessoas do mesmo sexo não estava prevista na Constituição ou em qualquer outra lei (BAHIA; VECCHIATTI, 2013).

No legislativo “há vários anos tramitam projetos<sup>31</sup> de lei que visam reconhecer-lhes direitos; estes projetos, no entanto, vêm sendo sistematicamente arquivados ou

---

<sup>31</sup> “Sobre Projetos de Emenda à Constituição e Projetos de Lei, podem ser citados: a) PEC n. 139/95, n. 392/2005 e n. 66/2003, para (re)introduzir ao inciso IV do art. 3º sobre a proteção contra discriminação por orientação sexual; b) PL n. 4.242/4, n. 3.770/2000, n. 5/2003 e 5.003/2001, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no atual PLC n. 122/2006; c) destaque especial para o PL n. 1.151/95, cujo substitutivo visa regular a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.” (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 72)

estão se arrastando” (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 71), ou seja, o cenário era - e continua - precário às pessoas LGBT's, quando o assunto é a efetivação de direitos.

Nesse contexto, duas ações destacaram-se: a) a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 132<sup>32</sup> – proposta em 2008 –, cujo autor era o governador do Rio de Janeiro, de Sérgio Cabral, em que se “requisitava que o STF interpretasse, conforme a Constituição Federal de 1988, o Estatuto dos servidores públicos civis do estado do Rio de Janeiro, aplicando analogicamente o art. 1723 do Código Civil brasileiro de 2002 às ‘uniões estáveis homoafetivas’” (FILHO; RINALDI, 2018, p.29); b) a ADPF nº 178, que se tornou ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277, proposta, em 2009, pela Procuradoria Geral da República, buscando o reconhecimento da “união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, nas situações em que estivessem preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da “união estável” entre homem e mulher” (FILHO; RINALDI, 2018, p.29). Como as duas ações possuíam pedidos em comum, o STF optou pelo julgamento conjunto.

O Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento do caso em maio de 2011, e culminou por reconhecer – por unanimidade – a “união de homossexuais como entidade familiar merecedora de mesma proteção jurídica que a união estável” (FILHO; RINALDI, 2018, p. 29).

A decisão proferida pelos Ministros fundamentou-se em alguns princípios constitucionais, tais como:

[...] os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção da segurança jurídica. Trataram, ainda, da lacuna legislativa a respeito do assunto sem, no entanto, entendê-la como óbice. (FILHO; RINALDI, 2018, p. 29).

Essa decisão mostrou-se necessária para solucionar uma questão (a união entre pessoas do mesmo sexo) que deveria ser, segundo Cármen Lúcia:

[...] **respeitada e assegurada pelo Estado**, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da

---

<sup>32</sup> Junto com o pedido principal foi solicitado que a mesma ação fosse aceita como ADI. E em 2009 o pedido foi aceito pelo STF.

intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação. (STF, ADPF 132, 2011, p. 89) (grifo nosso).

Porém, como já mencionado, o Legislativo não aparenta estar interessado a deliberar sobre antigos e novos projetos de lei que objetivem trazer melhorias para a comunidade LGBT. Logo, conforme Bahia e Vecchiatti (2013, p. 76), coube ao STF proteger as minorias como condição indispensável “para o respeito a uma concepção material de democracia constitucional ante o necessário coeficiente de legitimidade jurídico democrática que está supõe”.

Assim sendo, o STF cumpriu corretamente com seu papel, pois em seus votos, “os Ministros registraram, cada um a seu modo, o compromisso da Constituição da República com o livre desenvolvimento afetivo e sexual da pessoa humana” (SCHREIBER, 2013, p. 229).

Para o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, “o fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união estável entre pessoas do mesmo sexo” (STF, ADPF 132, 2011, p.11).

Já para a Ministra Cármen Lúcia há um rol taxativo na Constituição, mas tal fato não pode significar que a união homoafetiva seja, “constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância” (STF, ADPF 132, 2011, p.92). E continuou ao afirmar que:

[...] Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática. (STF, ADPF 132, 2011, p. 93).

Para o Ministro Celso de Mello, por sua vez:

[...] o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. (STF, ADPF 132, 2011, p. 73).

Os outros ministros acompanharam o entendimento e concluíram que por não haver nenhuma norma que proíba expressamente o:

[...] reconhecimento do casamento civil e da união estável a casais homoafetivos, tal ausência nos faz reconhecer que é ilegítima a tradição social que interpreta restritivamente/discriminatória o art. 226, § 3º, da CF/88 e os arts. 1.514 e 1.723 do CC/2002 para não reconhecer tais regimes jurídicos a casais homoafetivos (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 79).

Sendo assim, ao votar favorável os pedidos da ADPF 132 e da ADI 4277, em decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, os “direitos que eram reconhecidos aos casais heterossexuais, também passaram a ser reconhecidos aos casais do mesmo sexo, como pensão alimentícia, pensões do INSS, comunhão parcial de bens, planos de saúde, imposto de renda, adoção, licença-gala, entre outros” (DIAS, 2016, p. 2). É importante entender que embora a comunidade LGBT tenha alcançado essa vitória há ainda “muitas conquistas no plano do reconhecimento de direitos para o exercício pleno de suas potencialidades humanas” (LOUREIRO, 2014, p. 238). E, como resultado da contínua luta por seus direitos, houve outras decisões que serão apresentadas a seguir.

#### **4.2. Adoção de crianças por casais de mesmo sexo**

Como demonstrado anteriormente, em 2004, os casais do mesmo sexo não possuíam uma série de direitos, por não ser reconhecida a união homoafetiva. Entretanto, conforme exposto, a partir de 2011 surge uma nova realidade, devido à decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, a partir da qual muitos outros direitos puderam ser reconhecidos. Dentre os direitos reconhecidos a partir dessa decisão está a possibilidade de adoção de crianças. Pois vejamos.

O contexto vivido pelos casais homossexuais na adoção era problemático (tanto quanto as circunstâncias vividas por eles antes de ser reconhecida a união estável pelo STF). Não existe lei que possibilite a adoção por esses casais, mas tampouco há na “lei qualquer requisito que condicione a possibilidade jurídica da adoção à orientação sexual dos adotantes, ou qualquer proibição expressa da adoção por casais do mesmo sexo” (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 18). Aliás, “dentre os direitos dos casais homossexuais, o ponto de maior resistência sempre foi a adoção, por envolver um terceiro” (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 20).

Como até hoje não existe norma regulamentando a adoção por casais homossexuais restou ao Judiciário garantir tal direito. Porém, percebia-se na prática decisões que variavam entre a rejeição e a aceitação, pois os casos passaram a

dependem do entendimento de cada juiz, “isto porque gays e lésbicas que desejavam a parentalidade, ainda estavam às ‘margens do Estado’” (FILHO; RINALDI, 2015, p. 292).

Cite-se como exemplo o caso do casal Toni Reis e David Harrad – iniciado em 2005 – que ingressaram com pedido de habilitação para adoção junto à Vara da Infância e Juventude de Curitiba, e obtiveram do juiz resposta favorável à adoção conjunta, entretanto, o juiz impôs duas restrições: as crianças a serem adotadas deveriam ser meninas; e ter mais de 10 anos de idade. Mas, a decisão foi considerada incoerente ao chegar ao TJPR, sob o fundamento de que não havia limitações aos adotantes quando eram considerados plenamente habilitados para realizar a adoção (IBDFAM, 2015).

No entanto, movido por interpretações restritivas, muitas das vezes “utilizadas como argumentos que servem para encobrir o preconceito e excluir os modelos familiares não aceitos por parte da sociedade” (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 19), o promotor de justiça recorreu ao Supremo Tribunal Federal, contra a decisão do TJPR<sup>33</sup>, baseando-se no argumento de que o casal não era considerado uma entidade familiar (até aquele momento “só poderiam pleitear conjuntamente uma filiação adotiva, de acordo com o art. 42, § 2º, da Lei 12010/09, os adotantes casados civilmente ou que mantivessem união estável, ‘comprovada a estabilidade da família’ - FILHO; RINALDI, 2015, p. 292).

Após a rejeição do primeiro recurso<sup>34</sup>, a promotoria interpôs um recurso extraordinário nº 846.102 ao STF (IBDFAM, 2015), o qual, em 2015, manteve o acórdão do TJPR, favorável aos adotantes. Essa decisão foi proferida em um cenário mais favorável à comunidade LGBT, devido ao posicionamento do STF no caso da ADI 4277 e na ADPF 132. Neste momento já se reconhecia as uniões homoafetivas como entidade familiar, e, por isso, entendeu-se que seria um retrocesso “trabalhar a adoção tendo como modelo a família biológica, formada por casal heterossexual” (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 23).

---

<sup>33</sup> Recorreram também ao STJ, mas o recurso foi indeferido.

<sup>34</sup> O Ministério Público (MP) recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF) contra a decisão do TJPR, alegando que o casal não formava uma entidade familiar e, portanto, não estaria apto a adotar filhos em conjunto. O argumento, apresentado pelo MP, foi fundamentado na compreensão de que a Constituição da República não prevê expressamente outras formações familiares, exceto a formada por homem e mulher. Porém, ao chegar ao STF, o Ministro Marco Aurélio rejeitou o recurso, porque entendeu que a matéria em discussão tratava sobre a restrição à idade e a sexo da criança e não o conceito de entidade familiar (IBDFAM, 2015).

Já estávamos em tempo de entender que a família atual transcendeu de uma concepção “fundada nas preferências ou condições sexuais para uma concepção mais solidarista, como núcleo de cooperação, de fomento ao pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros” (FIUZA; POLI, 2013, p. 11). E, “nesse momento, a interpretação e demais métodos de integração podem ser utilizados para fins de inclusão, conferindo efetividade aos princípios e normas existentes em nosso ordenamento jurídico” (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 18).

Devido a isso, a Ministra Carmen Lúcia negou seguimento ao recurso extraordinário e ressaltou em sua decisão um trecho do voto do Ministro Ayres Brito – na decisão que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar– dizendo que, ao interpretar de:

[...] forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico (STF, RE 846.102, 2015, p. 157)

Ao concluir que não haveria motivos para limitar a adoção e criar impedimentos não previstos em lei (IBDFAM, 2015), o Judiciário fez com que a homoparentalidade adotiva passasse a ser contemplada como um direito regulamentado pelo Estado (FILHO; RINALDI, 2015).

#### **4.3. Alteração do registro civil de pessoas trans**

Até o momento foram expostas decisões que atingiram uma minoria que se distingue quanto a sua orientação afetiva-sexual (bissexual, homossexual, etc.). Neste tópico nos debruçaremos sobre o direito reconhecido à pessoas transexuais<sup>35</sup>, ou seja, pessoas que se diferenciam quanto a sua identidade de gênero.

É primordial destacar que “a marginalização da comunidade transexual a expõe a uma situação de violência e indignidade intolerável para os padrões de humanização do século XXI” (RIBAS; SEVERO, 2016, p. 2). Mesmo não sendo um problema exclusivo deste grupo, é certo que as pessoas transgênero são mais vulneráveis à

---

<sup>35</sup> Entende-se aqui como transexual aquele ser que possui uma “contradição entre o sexo de seu corpo e o de sua alma, ou, em outros termos, entre seu sexo e seu gênero. Eles são uma mulher prisioneira num corpo de homem ou um homem prisioneiro num corpo de uma mulher” (CHILAND, 2008, p. 27).



segregação social, e, conseqüentemente, à violência. A exemplo disso é a pesquisa realizada neste ano pela ONG Transgender Europe (TGEu), em seu projeto Trans Murder Monitoring (TMM), que indica que o Brasil está no topo do *ranking*, como o país que mais mata pessoas transgêneros.

Infelizmente, a proteção de direito desses grupos não avança nas esferas majoritárias, e, de uma forma lenta e necessária, o reconhecimento de direitos a esses grupos vem sendo feita junto ao sistema judiciário. E a título de exemplo, apresento o seguinte cenário: “em 2009, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 737.993/MG, entendeu que a pessoa transexual pode[ria] alterar o prenome e o sexo/gênero nos assentos do registro civil” (SANTOS, 2018, p. 14). Entretanto, esse julgado, referiu-se ao caso de pessoas que já haviam passado pela cirurgia de redesignação sexual.

Sendo assim, no mesmo ano foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, pelo Ministério Público Federal, no Supremo Tribunal Federal (STF). Esta ação foi proposta com o “objetivo de dar ao artigo 58<sup>36</sup> da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) uma interpretação conforme a Constituição, de modo a reconhecer aos transexuais o direito de adequação do prenome e do sexo constantes no registro civil, independente da realização de cirurgia de transgenitalização” (SANTOS, 2018, p. 15).

Simultaneamente, foi proposto o Recurso Extraordinário 670.422, “após uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ser provida em parte (permitindo a um menino trans alterar o nome com averbação na certidão de nascimento, mas não o sexo), com embargos de declaração rejeitados” (MARUCCO, 2018, p.41).

Chegando ao STF a ADI 4275 e o Recurso Extraordinário, e considerando a existência de conexão, o Tribunal optou por julgar ambos os casos conjuntamente.

O ponto principal a ser decidido em ambos os casos era saber se a redesignação sexual era ou não necessária para realizar a mudança do prenome e o sexo/gênero no registro civil. As respostas dos ministros, ocorreram em 2018, e foram enfáticas em afirmar que não era um requisito imprescindível para ocorrer a alteração. Como muito bem exposto no voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

---

<sup>36</sup> No art. 58 da LRP, temos que: “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

A autodeterminação da pessoa “trans” deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis. (STF, ADI 4.275, 2018, p. 6).

E de maneira mais analítica tem-se o voto do Ministro Celso de Mello:

*Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registraes, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero, nem é esse procedimento cirúrgico que constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito da personalidade. (STF, ADI 4.275, 2018, p. 4).*

Sendo assim, por seus ministros, o STF:

[...] por unanimidade reconheceu não ser necessária a cirurgia de transgenitalização para alteração do registro civil e, por uma maioria de 9 a 1 (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio), reconheceu que não devem ser exigidos requisitos “patologizantes”. Ainda, por uma maioria de 8 a 2 (vencidos os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski) utilizou-se o termo “transgêneros” a fim de estender os direitos a todas as identidades trans. E finalmente, por uma maioria de 6 a 4 (vencidos os ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes) admitiu-se a possibilidade de que a alteração seja feita por via administrativa, diretamente no cartório. (MARUCCO, 2018, p.42).

Algumas pessoas afirmam que a decisão do STF, nesse caso específico, foi incoerente, pois, quanto ao assunto de registro, já existia o Decreto Presidencial nº 8.727/16 regularizando a alteração. Porém, tal conclusão é errônea.

Isso porque, no registro civil são assentados os atos da vida de uma pessoa natural, tais como: nascimento, casamento e óbito. Também estão englobadas nele as tutelas, adoções, nacionalidade e todos os fatos que modifiquem diretamente as relações jurídicas entre pessoas (MARUCCO, 2018). No Decreto, por sua vez, previa-se a possibilidade do “uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional” (BRASIL, 2016), ou seja, estaríamos garantindo que “os

excluídos sejam incluídos para continuarem a ser excluídos” (BENTO, 2014, p. 3), pois “o problema residia no fato de que, mesmo com a possibilidade de fazer uso do nome social em seu local de trabalho, os registros civis seguiam incompatíveis com a realidade psicossocial das pessoas trans” (MARUCCO, 2018, p. 40).

Na verdade, a decisão proferida pelo STF foi de extrema importância para as pessoas transgêneros, estando no mesmo contexto das duas outras decisões explanadas anteriormente.

Em todos os casos analisados neste trabalho, infere-se que o STF foi acionado em razão da omissão do poder legislativo no que se refere à proteção da minoria LGBT. Nota-se que “não há lei específica que resguarde os direitos de travestis, transexuais e transgêneros. E esse vazio normativo, por um lado, escancara a invisibilidade imposta às pessoas trans perante o Poder Legislativo” (MARUCCO, 2018, p. 36).

Desta forma, quando há “omissão do Poder Legislativo, procura-se o Poder Judiciário, como opção disponível na tentativa de sanar tal lesividade” (MARUCCO, 2018, p. 37). É dentro desse contexto que o Ministro Celso de Mello faz uma ligação entre o direito à busca da felicidade e o não reconhecimento dos direitos fundamentais de pessoas trans, pois em seu voto ele expôs:

[...] que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado *por* correntes majoritárias, omite-se *na* formulação de *medidas* destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os transgêneros, a fruição de direitos fundamentais. (STF, ADI 4.275, 2018, p. 7)

Diante desses casos analisados podemos concluir que a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal é extremamente importante à comunidade LGBT, uma vez que o Judiciário tem sido o único *locus* de efetivação de direitos, diante da omissão do Poder Legislativo. Existem duas situações automaticamente impostas pela maioria à minoria: 1) a de existir apenas projetos de lei que dificilmente serão levados adiante; ou 2) normas que acabam excluindo ainda mais esses indivíduos na sociedade. Quando na verdade a Constituição de 1988 permitiu a todos igualdade, liberdade, dignidade e cidadania.

## CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho foi possível compreender como se consolidou historicamente a supremacia constitucional nos Estados Democráticos e as repercussões positivas que essa elevação das Constituições ao posto de norma superior, trouxe para a sociedade.

A análise comparativa realizada entre o período anterior e posterior à Segunda Guerra Mundial foram necessários para demonstrar, não apenas as diferentes concepções que existiam sobre a Constituição, mas demonstrar que, teoricamente, quando resolvemos enriquecer nossas Cartas Magnas com direitos fundamentais, criamos a esperança de evitar que uma história de ditadura e violação de direitos se repita. O que, evidentemente, implica em na constante preocupação com a proteção dos direitos de minorias (mulheres, homossexuais, negros, etc.).

Entretanto, vimos por meio das jurisprudências aqui trabalhadas que essa responsabilidade de proteção e implementação de direitos fundamentais da população LGBT tem se verificado a partir da atuação das Corte Constitucionais, pois continuamos a ter um legislativo excludente que se preocupa em representar apenas seus eleitores.

No Brasil, até 2011, trinta e sete direitos não eram estendidos aos casais homoafetivos, em razão de não ser autorizado a eles o casamento. Se verificarmos alguns relatórios descobriremos que, até o ano passado, o país era o “campeão mundial de crimes contra minorias sexuais” (RELATÓRIO GGB, 2017). Além disso, há uma precoce entrada de jovens homossexuais no mundo da prestação de serviços sexuais. Todos esses fatos, e muitos outros, demonstram a marginalização que a comunidade LGBT brasileira está inserida.

De toda a análise empreendida neste estudo mostra-se evidente não existir uma clara preocupação do Legislativo em mudar a realidade da comunidade LGBT. Se recordarmos o Decreto nº 8.727/16 – que trata do uso do nome social no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional – percebemos que este não incluiu expressivamente o indivíduo trans na sociedade. E os projetos de leis, que possuem brilhantes objetivos continuam parados ou tramitando vagarosamente no Congresso (sem considerar os projetos que visam restringir ainda mais os direitos dos LGBT's).

Sendo assim, partindo da ideia de que as marginalizações sofridas por esses indivíduos ocorrem muito em razão da omissão do Legislativo – influenciada por uma maioria que discrimina esse indivíduo por motivos de suas orientações afetivo-sexuais e/ou identidade de gênero – compreenderemos a extrema importância, relevância e legitimidade do Supremo Tribunal Federal na efetivação desses direitos.

É oportuno dizer que o STF não usurpa nenhuma competência de outro Poder. Ele, na verdade, assume a sua função de guardião constitucional, e, através do controle de constitucionalidade, implementa os direitos existentes na Carta Constitucional (sob a ótica da visão democrática de Dworkin). Ou seja, enquanto a comunidade LGBT for invisível aos olhos do Poder Legislativo, a única forma de fazer valer os seus direitos fundamentais é a partir da ação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Sob esse viés, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal tem grande importância no reconhecimento de direitos dos indivíduos da Comunidade LGBT, uma vez que coube a ele – muitas vezes - o dever de garantir que a discriminação não acomode a marginalização dessas pessoas. Ele tem permitido o progresso jurídico, mesmo que morosamente, ao garantir – com base na Constituição Federal – que os casais homoafetivos possam ter seus direitos civis de casar e adotar; e as pessoas transgêneros possam alterar seu registro civil (independentemente de ser ter feito ou não a cirurgia de redesignação sexual e sem apresentar laudos sobre sua patologização).

## REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). **Constituição da África do Sul**: promulgada em 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21374-21375-1-PB.html>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

AGRA, Walber de Moura. **A Expansão Da Jurisdição Constitucional**. *Revista de FIDES*, Natal, v. 6, n. 1, p. 105-118, 2015.

ATALIBA, G. Judiciário e Minorias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 96, p. 189-194, out./dez. 1987.

BAHIA, A. G. M. F.; VECCHIATTI, P. R. I. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.9, n.1, p. 65 - 92, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a04v9n1.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

BARCELLOS, L. C. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização (substituída pela Revista de Direito Internacional)*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011.

BARROS, B. A. **A atualidade do debate Kelsen e Schmitt à luz da jurisdição constitucional**, Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45075>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. XX, n. XX, p. 1-58, 2017.

\_\_\_\_\_. Especialista traça histórico do Direito Constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=7#top>>. Acesso em: 11 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**, 2014b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o direito e a política**, 2014a. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 1 setembro de 2018.

BENTO, B. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Contemporânea**, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 165 – 182, jan-jun. 2014.

BERCOVICI, G. **Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição**. **Revista Brasileira de Direito Constitucional-RBDC**, São Paulo, n. 1, p. 195-201, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. REQTE: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Decisão, 5 de maio de 2011. Dje nº 198, divulgação 13/10/2011, publicação 14/10/2011, ementário nº 2607-1.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. **Recurso Extraordinário 846.102**. RECTE: Procurador Geral de Justiça do Estado do Paraná. RECDO: A.L.M.R e D.I.H. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Decisão, 5 de março de 2015. Dje nº 52/2015, divulgação 17/03/2015, publicação 18/03/2015.

BRASIL. **Decreto nº 8.727**, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275**. RQTE: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão, 1 de março de 2018, publicação 06/03/2018.

BRASÍLIA. **Projeto de Lei do Senado, nº 612, 2011**. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

BRAUNER, M. C. C.; ALDROVANDI, A. Adoção No Brasil: Aspectos Evolutivos do Instituto no Direito de Família. **Revista JURIS**, Rio grande do Sul, v. 15, p. 7 – 35, 2010.

BUNCHAFT, M.E.; LIMBERGER, T.; MOREIRA, E.R. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. **Revista do Mestrado em direito da UCB**, Brasília, v. 10, n. 1, p 227-257, jan-jun. 2016.

BUNCHAFT, M.E.; VINCIGUERRA, T.R.D. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Panóptica – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, n. 17, p. 93-130, Salvador, 2008. Disponível em: <[https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoprocessualismo.pdf](https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf)>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

CAMPAGNOLI, A.F.P.F.; MANDALOZZO, S.S.N. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um estado democrático de direito. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 133, p.47-62, 2014.

CARDINALI, D.C. Direitos LGBT e cortes constitucionais latino-americanas: uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - RFD – UERJ**. Rio de Janeiro, n. 31, p. 25-68, junho de 2017.

CHILAND, C. **Transexualismo**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. p. 133.

COELHO, M. D. M. **O controle de constitucionalidade no direito comparado e a interpretação de constitucionalidade da PEC 33 à luz da Constituição Brasileira**. 2013. 68f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

CONSANI, C. F. Considerações críticas sobre o substancialismo e o procedimentalismo e sua relação com a democracia no contexto da filosofia política contemporânea. **Revista de Filosofia Dissertatio**. Pelotas, v. 44, p. 16-38, 2016.

DEMARCHI, C.; CADEMARTORI, D.M. **Da constituição ao neoconstitucionalismo**. **Revista USCS**, São Caetano do Sul, ano XI, n. 18, p. 65-85, 2010.

DIAS, L. A. Análise crítica da ADPF 132 (união estável homoafetiva) e da ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos) à luz do ativismo judicial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56433&seo=1>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

DORES, C. J. **O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen**, 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/21201>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

DWORKIN, R. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



FERREIRA, Dillion. A. B. **Jurisdição Constitucional Democrática e Hermenêutica**. 2013a. 108f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba.

FERREIRA, Francisco G. B. C. A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3810, 2013b. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26028/a-evolucao-da-teoria-constitucional-e-as-perspectivas-para-o-constitucionalismo-do-futuro>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

FILHO, Andrade C.; RINALDI, A. A. A “homoafetividade” no cenário adotivo: um debate antropológico. **Revista de ciências Sociais**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 285 – 306, 2015.

FILHO, João. A. M. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16322-16323-1-PB.pdf>. Acesso em: 25/06/2018.

FILHO, Nagib S. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. 2008. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136). Acesso em: 10 de setembro de 2018.

FILHO, Ricardo. A. C.; RINALDI, A. A. O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”: onde os direitos e as moralidade se cruzam. **Revista Civitas**, Porto alegre, v. 18, n. 1, p. 26 – 42, jan. – abr. 2018.

FIUZA, C.; POLI, L. C. A ampla possibilidade de adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos tribunais superiores. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**, v. 5, n. 01, p. 3 – 26, 2013.

FLEURY, A. R. D.; TORRES, A. R. R. **Homossexualidade e Preconceito**: o que pensam os futuros gestores de pessoas. Curitiba: Juruá, 2010. 155f.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

FROTA, H.A. O diálogo entre a liberdade religiosa e o direito à diversidade na jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3056, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20399/o-dialogo-entre-a-liberdade-religiosa-e-o-direito-a-diversidade-na-jurisprudencia-da-corte-constitucional-da-africa-do-sul>. Acesso em: 05 de setembro de 2018.

FURTADO, E. T.; CAVALCANTE. C. H. A. O fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 107 - 108, 2009.

GRUPO GAY DA BAHIA. Relatório 2017. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2018/01/18/brasil-campeao-mundial-de-crimes-lgbt-fobicos/>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

GUEDES, N. Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**, 2014 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal?>>. Acesso em: 05 de setembro de 2018.

GWERCMAN, S. O Brasil e os homossexuais: Sim. **Revista Super Interessante**, São Paulo, jul. 2004. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/o-brasil-e-os-homossexuais-sim/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

IBDFAM. STF reconhece direito de casal gay adotar sem restrições de idade e sexo. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/175817292/stf-reconhece-direito-de-casal-gay-adotar-sem-restricoes-de-idade-e-sexo>>. Acesso em: 8 de novembro de 2018.

JUNIOR, Giovani L. Z. **A vontade geral e o papel do legislador em Rousseau. Revista Diaphonia**, Paraná, v. 2, n. II, p. 47-61, 2016.

KOZICKI, K.; BARBOZA, E.M.Q. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 151-176, 2008.

LIMA, D. C. M.; FIGUEIREDO, E. H. L. O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição: Apontamentos sobre a Técnica dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, ano VII, nº 13, p. 1-26, jan/jun 2015.

LORENZETTO, B.M. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, n.18, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 1924-1944.

LOUREIRO, J. V. R. O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4277: entre o contramajoritário e o ativismo judicial. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 108, p. 221 – 244, fev./maio 2014.

MAGALHÃES, J. M. R. **O modelo Brasileiro de controle de constitucionalidade: considerações sobre o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2007. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MARQUES, M. A. F.; RIBEIRO, T. B. Para além da democracia representativa: uma crítica ao modelo tradicional de representatividade política nas democracias modernas. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v.2, n. 39, p. 321 – 345, 2015.

MARUCCO, T. M. **Alteração do registro civil para pessoas trans no Brasil**. 2018. 56f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro.

MEDEIROS, A. M. **Democracia Deliberativa**. 2014. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-deliberativa/>>. Acesso em: 25 maio 2018.

MELO, João. A. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16322-16323-1-PB.pdf>. Acesso em: 25/06/2018.

MELO, Micheli. P. A expansão da jurisdição constitucional em três ondas: marcos teóricos, condições facilitadoras e perspectivas futuras. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 241-272, 2017.

MOREIRA, P.S. **O Supremo Tribunal Federal entre Schmitt e Kelsen**: o Guardião da Constituição no julgamento da "Ficha Limpa". **Revista Brasileira de Direito Constitucional-RBDC**, São Paulo, v.21, n. 21, p. 35-49, 2013.

MOTTA, F. J. B. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. 292f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

NETO, C.S.; SARMENTO, D. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 119-161, 2013.

NETO, J.C. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, n. 1, p. 190-225, janeiro/junho de 2014.

Notícias STF. **As constituições do Brasil**, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>>. Acesso em: 05 de setembro de 2018.

NOVAIS, J. R. Direitos como trunfos contra a maioria. In: **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 17-67.

ONG TRANSGENDER EUROPE (TGEU). *TMM Annual Report 2018*. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2018.

PEREIRA, M. Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1-20, 2009.

PRESSE, F. Justiça de Taiwan se pronuncia a favor do casamento gay. **Globo Notícias**, 24 de maio de 2017. Disponível

em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/justica-de-taiwan-se-pronuncia-a-favor-do-casamento-gayy.ghtml>>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

RIBAS, J.; SEVERO, A. **Direito, identidade de gênero e inclusão**: A transexualidade no Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14575>. Acesso em: 3 de novembro de 2018.

RIPOLL, J.L. O amor em tempos de cólera: Direitos LGBT na Colômbia. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 6, n.11, p.78-97, dezembro de 2009.

SANTIAGO, M. F, *et al.* Justiça e democracia: uma retomada do debate acerca do controle democrático sobre as decisões judiciais. In: Simpósios Nacionais de Direito Constitucional da ABDConst, 10º simpósio, 2012, Curitiba. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. p. 164 – 199.

SANTOS, B. I.C; ARTEIRO, R. L. **O princípio contramajoritário como mecanismo regulamentador da soberania**. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/8.pdf> . Acesso: 29 de abril de 2018.

SANTOS, I. L. **A (des)necessidade da cirurgia de transgenitalização para a adequação do nome civil de pessoas transexuais**. 2018. 22f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora.

SANTOS, V. M. **Contramajoritarismo como princípio legitimador da atividade judiciária e os reflexos de sua mitigação**. 2015. 84f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. 275f.

SIMÕES, B. C. A. **A evolução do constitucionalismo**. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47359>>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

WOKLER, Robert. **Rousseau**. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2012.