

# JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS

JUDICIALIZATION FOR ENFORCING RIGHTS HOMOSEXUAL

Emerson Clairton dos Santos \*  
Juliana Heloise dos Santos Tavares \*\*

*Data de recebimento: 13/03/2014*

*Data da aprovação: 15/05/2014*

## RESUMO

Das relações homoafetivas decorrem uma série de direitos que, negligenciados, importam em grave limitação a essa “minoría”. A Constituição Federal de 1988 assegurou a dignidade da pessoa humana como valor intrínseco à condição humana. O Estado, por meio de políticas públicas, deve atenção a esse seguimento.

A omissão do Poder Legislativo, atrelado ao sentido de crise do direito legislado e da atuação do Poder Executivo, o qual não consegue efetivar direitos, deram aos juízes, além de importante papel de tutela da constituição e de guarda dos direitos fundamentais, o poder de incrementarem, na sua atuação.

O presente artigo tratará sobre a legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais dos homoafetivos.

---

\* Mestrando em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e integrante do Grupo de Pesquisa – GEP, cadastrado pelo CNPq.

Pós-graduado em Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba – UNITOLEDO e Pós-graduando em Filosofia Contemporânea pela Universidade Educacional do Estado de São Paulo - UNIESP. Advogado e Professor pela Universidade Educacional do Estado de São Paulo - UNIESP de Birigui-SP. Email: eclairton@bol.com.br

\*\* Acadêmica do 10º Termo de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano *Auxillum* – UNISALESIANO de Araçatuba-SP. Email: juliana\_h\_tavares@hotmail.com

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direito fundamental. Igualdade. Judicialização.

## **ABSTRACT**

**Homoafetivos** of relations is a series of rights, neglected, mind serious limitation to this “minority”. The Federal Constitution of 1988 ensured the dignity of the human person as intrinsic to the human condition value. The State, through public policies, should attention to this monitoring.

The omission of the Legislature, linked to the sense of legislated law and the performance of the Executive Branch, which can not carry rights crisis, gave the judges, as well as import role of guardianship and custody of the constitution of fundamental rights, the power of further increase in his performance.

This article will deal about the legitimacy of the judiciary for the enforcement of the fundamental rights of homosexual

## **KEYWORDS**

Fundamental right. Equality. legalization

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Carta Magna, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos.

No mesmo sentido, a Constituição estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fins do Estado e que consagrou a igualdade como um dos pilares dos Estados Democrático de Direito e é essencial para a democracia contemporânea.

A igualdade entre os cidadãos é um fator de extrema importância e necessária à participação democrática de todos nos procedimentos discursivos de criação autônoma e legítima do Direito.

A preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função da particularidade individuais e coletivas dos diferentes grupamentos, os quais se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, etc. O pluralismo eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade da pessoa humana, exigindo do Estado e a da Sociedade a proteção de todos os “outros”, diferentes de nós pelos aspetos acima mencionados.

Os homossexuais, tendo como fundamento legal e ético também o dever de respeito às diferenças, passaram a reivindicar do ordenamento jurídico um tratamento isonômico no que tange aos direitos conferidos aos heterossexuais.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva demonstrar que, embora o Estado adote uma constituição social, com um extenso rol de Direitos Fundamentais, na qual o constituinte outorgou ao Legislativo e ao Executivo a missão de socializar o direito, visível a omissão do Estado e das suas dificuldades efetivar os princípios constitucionais exigíveis, que, em razão desses fatores, abre-se espaço ao Poder Judiciário atuar, quando provocado.

Sob este enfoque, pretende-se dar uma particular atenção às questões da igualdade, a discriminação por motivo de orientação sexual, privando essas ‘minorias’ de constituir família. Para tanto, para melhor compreender sobre o objeto em estudo, será abordado o direito à livre orientação sexual e à liberdade à vida familiar.

Por fim, buscou-se avançar no tema da Judicialização, uma vez que o Poder Judiciário é chamado a pronunciar-se onde o funcionalismo do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório.

## 1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Homossexualidade sempre foi um dos mais inquietantes e polêmicos temas da humanidade.

A dignidade da pessoa humana estabelece que todos são merecedores de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de seres humanos e garante a todos, ainda, o direito de busca da felicidade.

Sarlet, na sua festejada obra conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>1</sup>

Desde os tempos remotos, ou seja, desde a era cristã, a dignidade da pessoa humana vem-se solidificando.

No Brasil, a partir do vigente texto constitucional é que a dignidade da pessoa humana passa a ser observada, promovendo uma reestruturação da dogmática jurídica por meio da afirmação da cidadania<sup>2</sup>.

Assenta-se sobre a noção de valorizar cada vez mais a pessoa humana.

Segundo Cabral, com grande propriedade diz:

A dignidade da pessoa humana, goza de precedência interpretativa, devendo ser analisada preferencialmente em relação a qualquer outro valor. Além disso, é muito ampla, exatamente por abarcar em seu bojo um conteúdo muito vasto, inesgotável de valores insertos na categoria pessoa, existencial<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 60.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 21.

<sup>3</sup> CABRAL, Hidéliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade Como Fundamento na Parentalidade Responsável**, p. 3. Disponível em [http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/10\\_afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/10_afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf). Acesso em: 30.12.2013.

Em vista disso, é de considerar que a dignidade da pessoa humana se encontra no epicentro da ordem jurídica.

O pensamento kantiniano se concretizou no plano Internacional dos Direitos Humanos, fundamentado no valor da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco à condição humana e, no plano dos constitucionalismos locais, concretizou-se na força normativa dos princípios, principalmente o da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>.

A Constituição Federal de 1988, considerada por todos doutrinadores como um marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significamente o campo dos direitos e garantias fundamentais.

Desde o seu preâmbulo, a Carta Magna projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Dentre os fundamentais que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a dignidade da pessoa humana. A Constituição assegurou os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social.

A Constituição em um todo deve ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, e o texto constitucional elege o valor da dignidade humana como essencial, imprimindo-lhe uma feição particular<sup>5</sup>. Para Jussara Leal de Mirelles, o princípio da dignidade da pessoa está intimamente ligado à constituição dos direitos fundamentais, significa que

essa eleição da pessoa humana como destinatário do ordenamento jurídico parece traduzir-se no personalismo ético que, segundo Max Scheler (Costa, 1996, p. 97-98), parte da constatação inicial de que toda norma está fundada em valores e o grau mais elevado de valor não é real (de coisa), nem legal, nem de situação, mas antes um valor-de-pessoa<sup>6</sup>.

Para Alexy, os direitos fundamentais, por serem reconhecidos por possuírem

---

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

<sup>6</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 158, nota 171.

eficácia jurídica, figuram no atual ordenamento jurídico, por meio de normas com estrutura de princípio<sup>7</sup>.

Neste contexto, segundo o próprio autor, um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor que deverá ser buscado por meio de condutas. Assim, uma norma-princípio implica um conjunto de normas-regra que regerão as condutas capazes de realizar o fim prescrito naquele mesmo princípio<sup>8</sup>.

Dessa forma, com o fito de realizar as mais diversas necessidades do ser humano, a norma constitucional propõe a viabilizar a plena, promoção e efetivação das capacidades e atributos humanos. Assim, os homossexuais e os casais formados por pares homossexuais, valendo-se dessa prerrogativa, vêm buscando e obtendo um novo tratamento no contexto jurídico.

Acompanhando a tônica internacional, a jurisprudência brasileira, vem reconhecendo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que as necessidades humanas no plano da realização da personalidade e, em decorrência disso, da sexualidade, não são isonômicas, e que as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares de mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares e, dessa forma, não seria mais possível se deixarem de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união. Com a devida vênia, Giorgis ensina que, ainda que seja Direito de Família, o afeto representa fonte de direitos e deveres:

O direito não regula sentimentos, contudo dispõe sobre os efeitos que a conduta determinada por este afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante<sup>9</sup>.

Logo, falar em dignidade da pessoa humana, significa e importa, antes de

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 198.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>9</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A relação homoerótica e a partilha de bens**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, (a. 3, n. 9, p. 139, abr./jun. 2001).

tudo, afirmar que todos “os seres humanos são dotados da mesma dignidade”<sup>10</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, sob olhar inclusivo, permitido legalmente pela interpretação dos princípios constitucionais, em especial, irradiado na concretização dos direitos constitucionais fundamentais, os homossexuais e os pares homossexuais estão encontrando, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o respeito à diferença com base na efetivação, primeiro, do princípio da igualdade.

A propósito merece destaque a lição de Girardi:

Os direitos fundamentais esculpidos na Carta Constitucional, tais como os direitos de liberdade sexual e igualdade, têm uma correspondência direta e mediata com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>.

Por pertencer à comunidade humana, as pessoas de orientação sexual “homossexual” devem ter o direito à realização de suas capacidades e necessidades humanas respeitadas, tanto pelos demais membros da comunidade como pelo próprio Estado. Trata-se de se assegurar no plano individual a tutela ao direito personalíssimo de orientação sexual e, no plano público, o respeito a esse direito, com práticas jurídicas e políticas legislativas que vedem qualquer forma de discriminação por conta da preferência ou orientação sexual de cada pessoa.

Estampado na Carta Magna, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, confere a cada cidadão o poder de autodeterminar o que parece essencial à realização plena da sua personalidade.

Por força disso, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura a todos e a qualquer pessoa o direito tratamento igualitário, que, no seu reverso, é o direito a não ser discriminado<sup>12</sup>.

## 2 DIREITO A IGUALDADE E UM BREVE RETROSPECTO

A igualdade é um dos temas mais contravertidos no Direito. Ao logo da história, diferentes formas de sociedade e de Estado foram às concepções de igualdade

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 101.

<sup>11</sup> GIRARDI, Viviane. **Família Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade Jurídica das Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2005, p. 51.

<sup>12</sup> LOREZENTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1988, p. 160.

na mais diferentes sociedades humanas<sup>13</sup>.

A igualdade é fruto de uma constante evolução que possibilita o alargamento de seu conteúdo e a criação de distintos conceitos do que vem a ser. O sentido de igualdade pode variar, da mesma forma que o seu correspondente, a desigualdade. Esses dois conceitos sempre foram preocupações do ser humano, pois ser igual ou ser diferente, ainda hoje, atormentam e dividem a humanidade.

Na antiguidade clássica, a igualdade entre os homens esteve no centro das discussões. Na Grécia Antiga não existia uma real igualdade entre todos. Em Atenas, principal centro político da época, somente aqueles considerados cidadãos poderiam participar da vida política na polis. Estavam excluídos os estrangeiros, os escravos, as mulheres e as crianças.

A obra clássica “A República” do filósofo Platão foi de grande importância para a filosofia e para o Direito. Platão estabeleceu a constituição de um Estado ideal. Embora a escravidão fosse realidade em seus escritos, a igualdade assumiu contornos surpreendentes para época. Para Platão, homens e mulheres eram iguais e deviam receber a mesma educação do Estado<sup>14</sup>.

Da mesma forma que em Platão, Aristóteles retratou bem a igualdade na *polis*, definiu que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem situação idêntica ou análoga, ao passo que aos que se encontram em situação diversa deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação diferenciada em que se encontram<sup>15</sup>.

Com relação ao conceito de igualdade, não se percebem profundas diferenças entre Roma e a Grécia Antiga, pois também não havia uma efetiva igualdade entre os romanos.

A base da sociedade era familiar, sendo a família uma entidade política na qual o poder era exercido unicamente e de modo incontestável e supremo pelo *pater familias*. A desigualdade e a escravidão eram um dos fundamentos, da Roma Antiga. Os direitos e na sociedade eram distribuídos de formas diferenciadas entre patrícios e plebeus.

---

<sup>13</sup> RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 1.

<sup>14</sup> PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2004, p. 1-320.

<sup>15</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homossexuais. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012, p. 93.

Na idade média, constituiu um dos momentos mais controvertidos da história da humanidade. Além da instabilidade política, social e pluralidade teve marco inicial o fim do Império Romano.

No período romano, o Cristianismo exerceu forte inspiração na busca da igualdade entre os romanos, mas foi na idade média que o Cristianismo foi um fato de mudanças, principalmente diante da profunda valorização do homem que era visto, naquele momento como fruto da mais sublime criação de Deus na Terra<sup>16</sup>.

Entretanto, na prática, os princípios cristão não chegaram a ser concretizados no mundo físico, a igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muito séculos, a legitimidade da escravidão<sup>17</sup>.

O fim da Idade Média, foi marcado pela queda do Império Romano, quando diversos fatores proporcionaram a derrocada do feudalismo e o enfraquecimento da Igreja Católica, e o surgimento de um novo conceito de igualdade que pode romper com as tradições e com valores feudais não mais condizentes aos anseios modernos.

A Idade Moderna foi período de profundas rupturas e transformações na ordem jurídica, política, econômica e social. Foram fundamentais para o desenvolvimento de um novo conceito de igualdade e liberdade.

Os valores individuais foram determinantes na Modernidade. O sujeito adquiriu importância no meio social, diferente do que ocorreu na Antiguidade e na Idade Média, em que os valores coletivos eram predominantes.

Em Descartes, o ser humano adquiriu um grande valor. Ele se tornou o centro de todas as coisas. O Antropocentrismo era fator determinante de tudo. Ele inaugurou uma preocupação e valorização com o homem, com o ser individual e não mais com o coletivo. O importante era o homem crítico e questionador da realidade, com a razão e a ciência explicando tudo e tornando a fonte segura do saber<sup>18</sup>. Assim, a razão estimulou a mais diversa pesquisa, levando a uma evolução das artes, das ciências e da literatura.

A Reforma Protestante afirmou a igualdade entre todos perante Deus, aca-

---

<sup>16</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 53.

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

<sup>18</sup> DESCARTE, René. **Discurso do método**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional- (Série Filosofar), 2006, p. 1-60.

bando com as diferenças entre qualquer dos cristãos<sup>19</sup>.

A modernidade também foi marcada pelas ideias contratualista de Hobbes, Rousseau, além do jusnaturalismo de Locke e de Montesquieu, todas fundamentais na configuração do princípio da igualdade.

Segundo Bobbio, todos eles “são livres e iguais um em relação aos outros, de modo que o estado de natureza é sempre figurado como um bom estado no qual reinam a liberdade e a igualdade”<sup>20</sup>.

Para Hobbes, o estado de natureza era um estado em que reinavam a competição, ameaça à vida e a desordem<sup>21</sup>. Para ele, a inexistência de um poder estatal gerava a insegurança e o perigo da guerra de todos contra todos.

A formação do estado civil ocorreria por meio da união de todos em prol de um interesse que pudesse garantir a segurança e a vida das pessoas através do contrato social, fruto da razão humana, necessário à manutenção à paz e à garantia da vida. O poder deveria ser centralizado e colocado na mão de uma só pessoa, o Leviatã, um homem artificial, soberano e autoridade inquestionável.

Para Hobbes, a igualdade no estado de natureza era capaz de causar a morte dos homens e de levá-los à busca pelo poder<sup>22</sup>.

A desigualdade para conservadores como Hobbes é fundamental na construção de uma sociedade, como forma de se garantirem privilégios e até mesmo a própria existência do ser humano<sup>23</sup>.

Para Locke, considerado o mais importante filósofo do Iluminismo, da mesma forma que em Hobbes, o Estado surgia da superação do estado de natureza. Todavia o estado de natureza lockeano era um estado de paz, marcado pela liberdade, igualdade e inexistência de subordinação entre os homens. O Estado civil era organizado pelo consentimento de todos e instituía juízes imparciais para julgar todos os conflitos existentes entre os homens. Cada homem não seria mais juiz de sua própria

---

<sup>19</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 67.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 1-202.

<sup>21</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2003, p. 1-487.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 34.

<sup>23</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2003, p. 1-487.

causa como no estado de natureza<sup>24</sup>.

Mesmo diante de grandes avanços Locke ainda era um defensor da escravidão. Montesquieu, um ferrenho defensor da igualdade entre todos, concebeu a igualdade como um princípio difícil de ser alcançado numa democracia, por não se estabelecer uma divisão igual das terras<sup>25</sup>.

O contratualista Rousseau deixou uma importante contribuição na configuração da igualdade. Diferente de Hobbes, ele via o homem no estado de natureza como bom e pacífico e toda a maldade existente dentro de vinha das influências da sociedade, do meio em que vivia. A igualdade entre todos era uma criação da natureza e toda desigualdade foi instituída pelos homens. A fonte de desigualdade era o conhecimento<sup>26</sup>.

O grande destaque de Rousseau em relação à igualdade está ligado à propriedade. Para ele, a propriedade foi o grande mal social que provocou a escravidão e a devastação dos campos e florestas diante da necessidade de riqueza e de bens econômicos, como bem frisou:

A partir do instante em que um homem necessita do auxílio do outro, desde que percebe que era útil a um só ter provisões para dois, desaparecem a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformam em campos risonhos que cumpria negar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medrarem com as searas<sup>27</sup>.

Kant formulou a ideia de igualdade a partir de sua preocupação com a liberdade. Segundo ele, a liberdade era o fundamento do Direito e da moral, fonte de toda autonomia. A exigência de um Estado politicamente organizado para Kant é condição intrínseca para a garantia do direito à propriedade, da liberdade e da própria existência da igualdade<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. Ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 1-318.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 59.

<sup>26</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução; Alex Marins. Ed. Martins Claret, 2009, p. 149.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p.1-335.

A democracia na modernidade não conseguiu pôr fim aos prestígios, às desigualdades e às injustiças então dominantes.

Nesse sentido são as lições de Eder Bonfim Rodrigues:

Por ser uma fase marcada pela transição do feudalismo para o capitalismo, a modernidade não estabeleceu definitivamente uma igualdade democrática entre todos. Mas os descentramentos que provocaram mudanças na construção de um novo mundo e de um novo ser humano foram fundamentais para eclosão das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e para a consolidação do Estado Liberal e da igualdade formal<sup>29</sup>.

A estrutura da Idade Moderna começaram a ser abaladas e questionadas na Inglaterra com as Revoluções Inglesas no século XVII. Já a Revolução Francesa de 1789 foi fundamental na configuração de um novo mundo e na construção de novos conceitos para o Direito e para o princípio da igualdade<sup>30</sup>. Mas, na prática, a Revolução foi incapaz de universalizar a igualdade. Nas próprias colônias francesas, a desigualdade e a escravidão eram realidades presentes, e os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade eram inalcançáveis.

Com a Revolução Gloriosa na Inglaterra e a Revolução Francesa, a burguesia pode finalmente, abrir caminho para a Revolução Industrial. Contudo, como afirma Magalhães:

(...) a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens ao capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamento e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar com proporções crescentes e incontroláveis<sup>31</sup>.

A realização da igualdade ficou cada vez mais distante, pois o que se viu foi exploração, a miséria, a fome e profundas desigualdades, tudo isso em nome do lucro e da acumulação de capital.

Diante desses fatos e injustiças, várias teorias buscaram a construção de uma

---

<sup>29</sup> RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 50.

<sup>30</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126.

<sup>31</sup> MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2004, p. 44.

sociedade mais justa e igual. Destacam-se Karl Marx e Friedrich Engels como os grandes teóricos do Socialismo Científico.

Marx foi crítico do modelo social instalado no período Pós-Revolução Francesa de 1789. O desenvolvimento de sua teoria, Marx concluiu que as instituições políticas e jurídicas de cada sociedade são o resultado das condições materiais da vida, em especial do modo de produção econômico; contrapôs no sistema capitalista a burguesia e o proletariado, mostrando as reais desigualdades existentes entre as duas classes sociais. A exploração destes últimos era uma realidade, pois muitas vezes eram submetidos a jornadas de trabalho de mais de dezesseis horas por dia, sujeitos a todo desrespeito possível<sup>32</sup>.

Antes mesmo do surgimento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), houve mudança do capitalismo liberal para o capitalismo social.

A Constituição de Weimar de 1919 inaugurou o estado social e veio instituir o sistema republicano na Alemanha que se encontrava totalmente destruída após os terríveis anos da Primeira Guerra Mundial. A igualdade foi afirmada, inclusive a igualdade entre homem e mulher, e a igualdade entre os filhos legítimos e aqueles tidos como filho ilegítimo.

A igualdade também se fez presente entre as relações entre empregados e empresários. Todavia, a nova feição social do capitalismo foi incapaz de impedir o surgimento do Fascismo, do Nazismo e dos Estados totalitários. Os Estados totalitários produziram grande desigualdade e agiram com enorme repressão às camadas populares. Este modelo de Estado foi uma das causas decisivas para eclosão do maior conflito militar existente até hoje, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945)<sup>33</sup>.

No final da Segunda Guerra, em 1945, foram criadas as Nações Unidas, e o princípio da igualdade é uma realidade na Carta das instituições das Nações Unidas, com o reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres.

A Assembleia-Geral das Nações Unidas proclamou, em 10.12.1948, o mais importante documentos internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garantiu, em âmbito universal, a igualdade e a liberdade de todos os seres humanos.

Diante da normativa internacional, as Constituições locais contemplaram a mesma proclamação e trouxeram para seus textos a ordem estabelecida universal-

---

<sup>32</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.

<sup>33</sup> RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

mente<sup>34</sup>. A força normativa dos princípios constitucionais se concretiza se a Constituição for um reflexo dos anseios e problemas sociais existentes<sup>35</sup>.

Hesse esclarece:

Somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se<sup>36</sup>.

A igualdade é previsto no preambulo de nossa lei Maior, nos objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV), bem como no artigo 5º, caput, que diz “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fins do estado e que consagrou a igualdade como um direito constitucional fundamental, tendo como fundamento legal e ético também o dever de respeito à diferença, passaram a reivindicar, do ordenamento jurídico um tratamento isonômico no que tange aos direitos conferidos aos heterossexuais.

Não se pode deixar de reconhecer a igualdade prevista em lei, conhecida como igualdade formal, e no que concerne à orientação sexual implica um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Sob essa linha de raciocínio, são as lições de Torres:

Dessa forma, tanto os heterossexuais como os homossexuais devem ser tratados de forma igualitária pelo direito, cessando se assim a impossibilidade de reconhecer uma identidade do casal para os parceiros homossexuais, bem como seus direitos à paternidade por meio de adoção<sup>37</sup>.

Assim dentro do paradigma da igualdade imposto pela Constituição Federal,

---

<sup>34</sup> MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 16.

<sup>37</sup> TORRES, Aimberé Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

às uniões homoeróticas, devem ser conferidos os mesmos direitos atribuídos aos casais heterossexuais, quando demonstrem uma vida de família, sendo-lhe facultado a possibilidade de incluir em seu seio familiar, através do instituto da adoção, crianças.

### 3 LIBERDADE SEXUAL E O DIREITO A VIDA FAMILIAR

Os atentados contra a liberdade sexual e o direito à vida familiar são profundos no caso da questão do homossexual. A liberdade sexual é a liberdade de cada pessoa a viver a sua própria sexualidade, englobando nessa liberdade a temática do homossexualismo.

Viviane Girardi assinala:

Com base na dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, que confere a todo ser humano a prerrogativa de autodeterminar-se como pessoa e como sujeito de sua própria existência, é que faz sentido para o direito o reconhecimento e a promoção do respeito à orientação sexual como direito personalíssimo<sup>38</sup>.

O direito fundamental encontra-se encartado na Carta Política dos países democráticos, refletindo a progressão das necessidades de realização do homem, como pessoa, como ser humano em processo de autorealização. E, por conta do comando constitucional imperativo da promoção da autorealização do ser humano como fundamento da República e fim da ordem estatal, realçadas está à possibilidade da tutela jurídica da opção sexual, visto que integra a esfera de autonomia individual de toda e qualquer pessoa<sup>39</sup>.

A nova ordem constitucional culminou por assegurar, por meio do princípio da promoção da dignidade da pessoa humana, que “a última ratio do direito é o homem e os valores que traz encerrado em si”<sup>40</sup>.

Sob a matiz de promoção e efetivação, capacidades e atributos humanos, a norma constitucional se propõe a viabilizar a plena realização das mais diversas necessidades do ser humano. Portanto, valendo-se dessa prerrogativa, os homossexuais e os casais formados por pares homossexuais vêm buscando e obtendo um novo trata-

---

<sup>38</sup> Idem, p. 57.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>40</sup> CORTIANO JR., Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson [org.]. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 32.

mento no contexto jurídico.

A jurisprudência brasileira, acompanhando a tônica internacional, vem reconhecendo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que as necessidades humanas no plano da realização da personalidade e, em decorrência disso, da sexualidade<sup>41</sup>, não são isonômicas, e que as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares de mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares e, dessa forma, não seria mais possível se deixar de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união<sup>42</sup>.

Dessa forma, os direitos fundamentais esculpidos na Carta Constitucional, tais como os direitos de liberdade sexual e igualdade, têm uma correspondência direta e mediata com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse perfil, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se caracteriza como uma *categoria axiológica aberta*<sup>43</sup>, visa ao tratamento humano igualitário naquilo que é essencial à natureza humana-todos iguais em dignidade, bem como o respeito à diferença quanto ao pleno desenvolvimento de todas as potencialidades e necessidades humanas que podem apresentar-se como diferentes e plurais, porque estão intimamente vinculadas à diversidade dos valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

Com efeito, no conjunto de direitos fundamentais (art. 227, caput, da CF/1988), liberdade da vida familiar é o poder de organizar e desenvolver a vida em uma comunidade.

A família significa um complexo de interesses<sup>44</sup> e que vivem uma realidade de reconstrução permanente de hierarquias, de reciprocidade, de autoridade e de

---

<sup>41</sup> “A psicologia define a sexualidade humana como uma combinação de vários elementos: o sexo biológico (o corpo que se tem), as pessoas por quem se sente desejo (a orientação sexual), a identidade sexual (quem achamos que somos) e o comportamento ou papel sexual”. (Revista ISTO É, São Paulo, n. 1.556, p. 68, 28 jul. 1999).

<sup>42</sup> “O direito não regula sentimentos, contudo dispõe sobre os efeitos que a conduta determinada por este afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante”. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A relação homoerótica e a partilha de bens**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, a. 3, n. 9, p. 139, abr./jun. 2001).

<sup>43</sup> Conceito dado por Ingo Wolfgang SARLET na obra **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 102.

<sup>44</sup> MOSCHETA, Silvia Ozelame Rigo, **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 39.

afeto que estão proporcionando modificações positivas e negativas e que certamente ofuscam ainda mais as fronteiras<sup>45</sup>.

Convivência familiar e comunitária é saudável a criança e ao adolescente.

O ECA assegurou como direito da criança e do adolescente o direito à convivência familiar e comunitária na sua família de origem ou numa família substituta, visando a garantir, uma vez ausente a situação ideal acima esboçada, possa tanto a criança, quanto o adolescente, reivindicar este direito, posto que estatutária e constitucionalmente a eles assegurados.

A partir do momento em que a família passa a ser constituída pelo núcleo pais e filhos, a energia familiar se direciona para a criança e suas necessidades essenciais, bem como para a educação e a preocupação com o futuro.

O direito à convivência familiar envolve muito mais do simplesmente viver numa família.

Nesse sentido traz se o pensamento de Viviane Girardi:

A proximidade leva à afetividade, o que só faz confirmar a tese jurídica contemporânea da supremacia da paternidade sociafativa, sobre a meramente biológica quando se trata da formação do elo paterno-materno-filial, pois a paternidade/maternidade e, conseqüentemente, a filiação, não é um dado e sim um construído, na medida em que é estruturada e engrandecida pelos cuidados e trocas ministrados na intimidade dos contatos do cotidiano e não por uma determinação puramente genética<sup>46</sup>.

Os direitos fundamentais, assegurados às crianças e adolescentes, revelam-se, sobremaneira, importantes a convivência familiar e comunitária prevista no Estatuto da Criança e Adolescente.

## 4 JUDICIALIZAÇÃO

### 4.1 Judicialização da política

Para que possamos tratar da judicialização política é necessário fazer um pequeno esboço histórico da separação dos poderes.

---

<sup>45</sup> ÀVILA, Maria Betânia; Portella, Ana Paula; Ferreira, Verônica (orgs.). **Novas legalidades e democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 91.

<sup>46</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e afeto: A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 107.

Montesquieu, autor da obra famosa “O Espírito das Leis” (1748), sistematizou com profunda intuição, que logo foi acolhida como dogma dos Estados Liberais e que permanecem até hoje sem alteração substancial: trata-se da Separação dos Poderes, composto por três clássicos poderes, cuja a divisão é formal e o poder é um só, pelos quais se manifestam na sua plenitude: um elabora a lei (Poder Legislativo), outro que se encarregada da sua execução (Poder Executivo) e o terceiro (Poder Judiciário), que soluciona os conflitos, pronuncia o direito e assegura a realização da justiça<sup>47</sup>.

Não se pode deixar de considerar a lição de Alarcon: “Cada órgão tem a possibilidade, conforme a dicção constitucional, de controlar ao outro por meio de um mecanismo de contenção”<sup>48</sup>.

A legitimidade desse controle inter-orgânico se encontra na necessidade de regular as forças sociais da época, que pretendiam o domínio do Estado. Por essa via, a condução política do Estado passa por uma forçosa negociação, uma tarefa de convencimento, especialmente entre o Executivo e Legislativo<sup>49</sup>.

Na atualidade, o Judiciário assume um papel bastante ativo no controle dos dois órgãos, especialmente quando lhe é conferida a guarda da Constituição.

A presença de instituições judiciais tem aumentado a partir da transição política. A ampliação da competência do judiciário permitiu uma nova atuação da Corte Superior no cenário nacional. Desse modo, observa-se que a atuação deixa de ser a pura prestação jurisdicional, assim, gradativamente, tendo-se início o fenômeno da “judicialização da política”<sup>50</sup>.

Feita essa introdução, convém propor um conceito de judicialização da política. O conceito de judicialização da política, fornecido por Tate e Vallinder “é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

<sup>48</sup> ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Ed. Verbatim, 2011, p. 155.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>50</sup> CORREA, Maria Anita Araruna. **Breve análise sobre o fenômeno da judicialização da política e a sua repercussão sobre as relações externas**. Interfaces Científicas – Direito. Aracaju . V.1. N.2, p. 19-28, fev. 2013, p. 19-28.

<sup>51</sup> TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjorn *apud* MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política**: duas análises. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 57, dez. 2002, p. 113-133.

Avançando sobre o tema, Peixinho explica:

A judicialização da política tem por significado a intervenção decisória do Poder Judiciário com capacidade de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances* (verificar e equilibrar)<sup>52</sup>.

Em face disso, os anseios sociais não podem ficar à mercê por uma resposta legislativa. As questões que versam sobre direitos das “minorias”, *in casu*, os homoafetivos não podem ser considerados irrelevantes. A omissão do Estado legitima esses grupos buscarem a tutela jurisdicional, com o escopo de resguardar seu reconhecimento de direitos, inobstante a ausência de norma.

Tomemos, por exemplo, as decisões que têm reconhecido as uniões homoafetivas e que regulamentam a guarda e adoção de menores por homossexuais, sob os argumentos da igualdade de tratamento pela lei, proibindo a discriminação bem como o do melhor interesse do menor.

**HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA.** É possível o processamento e reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na constituição federal, que vedam qualquer discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida<sup>53</sup>.

**ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER -**

---

<sup>52</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nov/2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/07\\_252.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2013.

<sup>53</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598362655. 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. j. Em 10.03.2000. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4129](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2014

**ALEGAÇÕES DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE – DEFERIMENTO DO PEDIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo estatuto da criança e do adolescente (eca) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fatos de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido<sup>54</sup>.

De toda sorte é necessário observarmos que a judicialização pode e de fato contribui na busca de uma justiça melhor, que possa garantir a todos o direito à felicidade.

Com efeito, a judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes.

A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais, mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.

## 4.2 Judicialização para os homoafetivos

Nossa Constituição diz que a República Federativa do Brasil está destinada a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação<sup>55</sup>. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

---

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 14.332/98. Rel. Jorge de Miranda Magalhães. j. 23.09.99. p. 269. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4129](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2014.

<sup>55</sup> LEIVAS, Paulo. **Homossexualidade, políticas e direitos sociais**. In: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula e FERREIRA Verônica. **Novas legalidades e democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 89-90.

A Constituição conduz as atividades de suas instituições. Por isso, na omissão ou ação inadequada abre possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, são consideradas de âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que seriam em locais que a política deveria ser feita<sup>56</sup>.

O direito não é autônomo de uma ordem social, e tão pouco subordinado à moral, seja em razão de se caracterizar o discurso jurídico, seja porque os princípios jurídicos trazem dimensão de moralidade.

Quando se elegem temas tão instigantes e desafiadores, é porque se acredita que a mobilização social, perante os três poderes, tem o grande papel de reconhecer direitos devidamente assegurados pela Constituição às “minorias”.

A homoafetividade está divorciada de conceitos de doença ou desvio: ela reconhecida como orientação sexual.

A judicialização da homoafetividade importa reconhecer as uniões homoafetivas por pares do mesmo sexo com *status* jurídicos<sup>57</sup>.

As decisões judiciais que versam sobre o tema dá conta de que, mesmo com ausência de legislação específica que disponha sobre uniões homoafetivas, é possível reconhecer esse direito, para que direitos não sejam sonogados por conta de preconceitos. Ao Estado, cabe determinar a judicialização da sexualidade, por meio de políticas públicas, para que se afirme o comportamento que advém da orientação sexual<sup>58</sup>.

Nesse sentido, Habermas afirma que:

Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de cliente carente de proteção<sup>59</sup>.

Fraser destaca que, em decorrência das mudanças, passamos a tomar consciência do “outro” e, conseqüentemente, dar maior ênfase na identidade e na diferença. Uma vez tomada consciência destas diferenças, surgem os movimentos de reivindi-

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>57</sup> MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 133.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 149.

cação de reconhecimento, envolvendo a sexualidade<sup>60</sup>.

Habermas traça algumas considerações a respeito das políticas feministas que visam à igualdade de sexos<sup>61</sup>, ficando claro que os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando houver efetividade dos direitos fundamentais.

É crescente o número de decisões judiciais que versam sobre o tema, mesmo com ausência de legislação específica que disponha sobre uniões, adoções homoafetivas, que, aliás, têm demonstrado uma significativa evolução na integração e na reafirmação dos direitos das minorias homossexuais.

A propósito, são reflexo da mobilização social em favor de uma “cidadania plena” para os homossexuais.

O poder Judiciário não pode fechar-se às transformações sociais que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes, antecipam-se às modificações legislativas.

O judiciário é conclamado a contribuir pra a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, sob a qual reconhecem direitos como à vida, à liberdade, à igualdade<sup>62</sup>.

O Estado Democrático de Direito, como disse Teixeira, não se contenta mais com uma ação passiva<sup>63</sup>. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da sociedade e responsável pelo bem comum.

Portanto, os direitos fundamentais sociais exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

---

<sup>60</sup> FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFJA A&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Frcs%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D790&ei=OxD-UjsuD NKfkQfO64CICg&usg=AFQjCNGquZy\\_LwI8laYm9Clux1Gz3OcqA&bvm=bv.61190604,d.cWc](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFJA A&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Frcs%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D790&ei=OxD-UjsuD NKfkQfO64CICg&usg=AFQjCNGquZy_LwI8laYm9Clux1Gz3OcqA&bvm=bv.61190604,d.cWc). Acessado em: 14.02.2014.

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 147.

<sup>62</sup> PEGORANO, Lucio; GAITAN, Jhoana Delgado. In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 455.

<sup>63</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 647.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, diversas foram as concepções de igualdade que constituíram as relações entre os seres humanos e possibilitaram, em alguns momentos, inclusão ou exclusão de direitos.

O Estado de Direito veio para ampliar o espaço de discussão e participação democrática autônoma, garantido direitos, provendo diversidade e o pluralismo, diante da necessária formação comunicativa do poder público.

O paradigma do Estado Democrático de Direito possibilita uma nova forma de se ver a igualdade. Uma igualdade que proporcione inclusão de todos sem exceção.

As ações afirmativas, como uma espécie de ação positiva, são legítimas e necessárias para a promoção da minoria socialmente discriminada e a efetivação do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, visto que não se pode falar em igualdade sem a necessária participação e inclusão de todos.

Efetivar a igualdade num Estado Democrático de Direito é uma necessidade imperativa e indispensável, visto que não se pode afirmar que se vive numa democracia condizente com as injustiças e que não promova o fim da discriminação.

Cabe ao estado determinar a judicialização da sexualidade, como já dito, por meio de políticas públicas, para que se firme que o comportamento advém da orientação sexual. Na omissão do Estado, abre-se possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, para reconhecer os direitos em geral dessas minorias.

A judicialização importa reconhecer as uniões formadas por pares dos mesmos sexos. Portanto, o Judiciário não pode fechar-se às transformações sociais, pela própria dinâmica, muitas vezes, antecipam-se às modificações legislativas.

---

## REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Ed. Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula e FERREIRA Verônica. **Novas legalidades e democratização da visa social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598362655. 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade. j. Em 10.03.2000. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4129](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 14.332/98. Rel. Jorge de Miranda Magalhães. j. 23.09.99. p. 269. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4129](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2014.

CABRAL, Hidéliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade Como Fundamento na Parentalidade Responsável**. Disponível em <[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamila/artigos/10\\_afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamila/artigos/10_afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf)>. Acesso em: 30.12.2013.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 1999.

COMPARATO, Fábio Conder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREA, Maria Anita Araruna. **Breve análise sobre o fenômeno da judicialização da política e a sua repercussão sobre as relações externas**. Interfaces Científicas – Direito. Aracaju. V.1. N.2, p. 19-28, fev. 2013.

CORTIANO JR., Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson [org.]. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. e SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte, DEL Rey, 2009.

DESCARTE, René. **Discurso do método**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional- (Série Filosofar), 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: **Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização**: Redistribuição, reconhecimento e participação. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Frcs%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D790&ei=OxDUjsjuDNKfkQfO64CICg&usg=AFQjCNGquZy\\_Lwl8laYm9CIux1Gz3OcgqA&bvm=bv.61190604,d.cWc](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Frcs%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D790&ei=OxDUjsjuDNKfkQfO64CICg&usg=AFQjCNGquZy_Lwl8laYm9CIux1Gz3OcgqA&bvm=bv.61190604,d.cWc). Acessado em: 14.02.2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A relação homoerótica e a partilha de bens**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, (a. 3, n. 9, p. 139, abr./jun. 2001).

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

LEIVAS, Paulo. **Homossexualidade, políticas e direitos sociais**. In: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula e FERREIRA Verônica. **Novas legalidades e democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. Ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOREZENTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1988.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. Curitiba: Juruá, 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nov/2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/07\\_252.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2013.

PEGORANO, Lucio; GAITAN, Jhoana Delgado. In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

PERLINGIEI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2004.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução; Alex Marins. Ed. Martins Claret, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea**. Birigui: Boreal, 2010.

TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjorn apud MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 57, dez. 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homossexuais. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.