

POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A DECISÃO DO STF ACERCA DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA:

A NECESSIDADE DE MUDANÇA DO REMÉDIO IMPOSTO

THE STRUCTURAL INJECTION CRAFTED AND THE STF'S DECISION ABOUT SAME-SEX UNION:

THE NEED TO CHANGE THE REMEDY

Thiago Serrano Souza
thiagoserrano@ymail.com

Edna Raquel Hogemann
ershogemann@gamil.com

Recebido: 22-4-208
Aprovado: 25-9-2020

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Estado de Coisas Inconstitucional e a decisão do STF acerca do reconhecimento da união homoafetiva: a necessidade de mudança do remédio imposto. Conclusão.

RESUMO:

O artigo insere-se nos estudos de direito público, a partir da análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e busca demonstrar a estruturação da decisão, que reconheceu os efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, bem como do remédio que deveria ter sido utilizado pelo Tribunal. As inércias do Poder Legislativo na materialização de lei protetiva e do Poder Executivo na realização de políticas públicas, animam o presente trabalho. Em paralelo, desenvolve-se o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, que, a partir de uma visão de li-

ABSTRACT:

The article is part of the public law studies, as the case law analysis of the Supreme Court and seeks to demonstrate the structure of the decision, which recognized the legal effects to same-sex unions and the remedy that should have been used by the Court. Inactions of the Legislature in the materialization of protective law encourage this article. At the same time, it develops the concept of Structural Injection Crafted that, from a strategic litigation of view, the Constitutional Court of Colombia has created the necessary requirements for the

tígio estratégico, o Tribunal Constitucional da Colômbia criou as premissas necessárias para a utilização de um provimento estruturante em que a Corte atua como verdadeira instância de jurisdição supervisora.

PALAVRAS-CHAVES:

Jurisdição Constitucional; União Homoafetiva; Provimento Estruturante.

use of a structural provision in which the Court acts as a true instance of jurisdiction supervisor.

KEYWORDS:

Constitutional Jurisdiction; Same-sex Union; Structuring Provision.

INTRODUÇÃO

A partir de análise acerca das decisões prolatadas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, é de se reconhecer uma tendência da Corte em sua elaboração. A essa tendência dá-se o nome de provimento estruturante, que possibilita ao Poder Judiciário identificar a violação de uma norma ou valor constitucionais e atuar como agência de fomento na materialização do comando imposto. Foi o que aconteceu, em parte, com a decisão que reconheceu os efeitos jurídicos à união homoafetiva.

O presente artigo visa analisar a construção da decisão, a partir do provimento estruturante, e identificar as carências do remédio utilizado pela Corte Constitucional, ao não designar a mora do Poder Legislativo em editar regra infraconstitucional, acerca do tema, contingenciando, assim, um diálogo institucional relevante.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do ajuizamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade, reconheceu os efeitos jurídicos da união estável homoafetiva, ao considerá-la como efetiva entidade familiar. O presente reconhecimento, fundamentou a edição da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, que determina a formalização do casamento civil homossexual pelos cartórios brasileiros. Diante da indiferença do legislador pátrio, coube à jurisprudência tal tarefa, apesar de algumas resistências da sociedade, de segmentos religiosos e de parte de setores minoritários da magistratura.

A via utilizada, para outorga dos efeitos em comento, não foi a tradicional, o que, decerto, acaba acarretando dissonâncias e resistências, esvaziando o conteúdo da decisão, e estimulando a análise, tanto acerca da concordância social e legislativa às decisões exaradas pela Corte Constitucional brasileira, como acerca do caminho que deveria ter sido assumido por esta, para que o comando fosse efetivamente materializado.

Nesse sentido, diante da tramitação do projeto de lei que consubstancia o Estatuto da Família, em sentido totalmente distinto da presente decisão, bem como do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Partido Social Cristão questionando a constitucionalidade da Resolução 175 do CNJ, há de se perquirir a aderência do Poder Legislativo às decisões do STF, bem como as possibilidades existentes para se evitar o mencionado desrespeito.

De certa maneira, a decisão evidencia direitos fundamentais à espécie, por meio da atribuição constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal, quando assume a tarefa de interpretar a Carta. Porém, não obstante a robusta fundamentação de todos os ministros, o comando tende a perder sua força cogente, ao não exigir medida compatível do legislador infraconstitucional. Para tanto, cabível direcionar a visão para as experiências dos Tribunais Constitucionais da África do Sul e da Colômbia, ao buscarem medidas efetivas, a fim de proporcionar materialidade aos comandos de suas decisões, o que vem se denominando de *remedy*.

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A DECISÃO DO STF ACERCA DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA: A NECESSIDADE DE MUDANÇA DO REMÉDIO IMPOSTO

Coube ao Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Carta Constitucional, reconhecer os efeitos jurídicos à entidade familiar homoafetiva, decorrente do direito à preferência sexual, corolário da isonomia, bem como do valor afeto, inerente à dignidade humana. Constata-se que tal reconhecimento jurídico, ocorreu a partir do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF¹, cujo objeto era a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil². Pleiteou-se a declaração de que uma das vertentes hermenêuticas do artigo em exame, encontrava-se em rota de colisão com a Constituição, ante a polissemia de seu arcabouço literal³. Como resultado, houve a classificação do direito à preferência sexual como fundamental, outorgando-se, assim, efeitos jurídicos à referida união, desenclausurando, à espécie, o importante direito à igualdade.

O neoconstitucionalismo⁴ impõe ao intérprete a análise da importância das Cortes Constitucionais, que passam a ocupar papel de destaque, dentro do Estado Democrático de Direito. Assim concebida, a denominada judicialização da política é fenômeno contemporâneo, concernente às nações democráticas, sendo uma de suas finalidades, a efetivação dos direitos fundamentais⁵. Com isso, o Poder Judiciário, a fim de concretizá-los, deverá estar aparelhado com instrumentos hábeis e, mais, construções ideológicas pautadas na tolerância, a partir do respeito à pluralidade de opiniões; no abandono dos grandes relatos e na convivência com as aporias do sistema, buscando dirimi-las⁶.

Costa e Zaiden⁷ aproximam os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial, considerando como o momento em que as Cortes Constitucionais ganham forte

1 Importante destacar, que a ADPF 132/RJ foi encampada pela ADI 4.277/DF. Nas palavras do ministro relator: "(...) Conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme a constituição. O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção".

2 Artigo 1.723,CC: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

3 SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O papel das Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana no reconhecimento da união homoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, ano XV, no 36, out.-nov. 2013, p. 103.

4 Para VALLE, o neoconstitucionalismo destaca-se por sua abertura à dimensão dos valores e dos princípios jurídicos, também sendo chamado de constitucionalismo ético. Assim, com apoio nas teorias de Alexy, Dworkin e Nino, preconiza-se a centralidade da figura argumentativa do juiz na garantia e promoção dos direitos fundamentais (VALLE, Vanice. *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009, p.107).

5 HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, Vol. 75, No 2, p. 721, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>.

6 NIETO, Alejandro, e GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 61-62.

7 COSTA, Alexandre Benvindo; ZAIDEN, Juliano, A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights) (April 1, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>, p. 8.

protagonismo na definição de diversas pautas políticas, econômicas e sociais. Acrescentam que, no presente sentido, a Corte se torna a única legitimada a fornecer a palavra final sobre a (in)constitucionalidade de uma determinada norma jurídica, podendo se utilizar de técnicas interpretativas flexibilizadoras, e, assim, ampliando-se o seu papel estratégico no arranjo institucional a respeito dos caminhos da democracia brasileira.

Por seu turno, Valle⁸ afirma que, diante da expansão da *judicial review*, decorrente do Constitucionalismo Democrático, deflagra-se a geração de vários efeitos, que necessitam ser analisados. A autora propõe como questão a observância de reações sociais e institucionais às decisões lavradas pela Corte Constitucional. Assim, temas controvertidos tangenciam reação entre diversos grupos sociais, levando alguns a qualificar esse tipo de fenômeno como uma ameaça à democracia, e portanto, como algo a ser evitado pelo Judiciário, principalmente quando o Tribunal atua de forma contramajoritária.

No presente sentido, a referida autora desenvolve a ideia de que o *backlash*⁹ às decisões em jurisdição constitucional é parte do diálogo constitucional que deve ter lugar nas sociedades democráticas, traduzindo um dissenso que lhes é constitutivo; e o desafio é incorporar esse tipo de manifestação difusa do poder popular ao processo judicial. Logo, a aderência social e institucional (do Poder Legislativo e do Poder Executivo, precipuamente) às decisões exaradas pelo STF, passa a fazer parte do jogo político, da mesma maneira que uma norma concebida pelo poder competente, o que não afasta a faceta negativa do referido *backlash*, qual seja, a possibilidade de correção legislativa das decisões judiciais.

Parece previsível de outro lado, que a multiplicação de decisões pelo STF em matérias sensíveis, como no caso daquela que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, evidencie reações diversas. Contudo, o Supremo Tribunal vem levando em consideração os reflexos múltiplos de suas decisões, ainda mais num ambiente institucional em que a Corte tem a sua competência redimensionada dentro da arquitetura de poder imposta pela Constituição, o que não mitiga a interferência dos demais braços especializados do poder, que devem concordar, mesmo que parcialmente¹⁰. Segundo Valle :

O elemento novo na equação, e que surge a partir do já referido incremento na visibilidade do Judiciário brasileiro – especialmente no desenvolvimento da *judicial review* – é a possibilidade de despertar pelo decidido, de reações populares mais significativas, coadjuvadas (ou não) por instâncias políticas. Ilustra esse potencial de reações de toda ordem – em favor e contrárias a decisões originárias do STF em temas sensíveis – o recente ajuizamento da ADI 4966 pelo Partido Social Cristão (PSC), tendo por objeto a Resolução CNJ nº 175, de 14 de maio de 2013, que “Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”. Como se sabe, a referida Resolução pretende encontrar seu fundamento nas conclusões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF em que se reconheceu a inconstitucionalidade de

8 VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. Mimeo, p. 1.

9 “O fenômeno da reação social ou institucional a uma decisão originária do Tribunal Constitucional não é novo no cenário internacional, e tem merecido especial atenção na elaboração doutrinária americana dedicada ao estudo do fenômeno que ali se identifica como *backlash*” (VALLE, op. cit., p. 4).

10 VALLE, op. cit., p. 3.

distinção de tratamento legal às uniões estáveis de pessoas de mesmo sexo. A hipótese evidencia uma reação institucional à decisão, com ela supostamente alinhada (edição da Resolução CNJ); e outra de ordem social, reagindo em sentido contrário, veiculada pelo Partido Social Cristão na referida ADI 4966¹¹.

Tendo como base a leitura acima, é possível constatar a existência de uma reação social contrária à decisão de reconhecimento, mas também de ordem institucional. É de se perceber duas formas de reação. A primeira de ordem social e institucional, quando um partido político, legitimado para o ajuizamento de ações de inconstitucionalidade, é o autor da demanda. A segunda de ordem eminentemente institucional, pois o legislador omitiu-se em editar lei infraconstitucional, acerca do reconhecimento dos efeitos jurídicos da família homoafetiva, em total desrespeito à decisão exarada pelo Supremo. Caso o *remedy* fosse corretamente utilizado pela Corte, essa situação poderia ter sido evitada.

Diante da indiferença do legislador pátrio, coube à jurisprudência o reconhecimento desses efeitos à união homoafetiva, apesar, como visto, de algumas resistências da sociedade, de segmentos religiosos e de parte de setores minoritários da magistratura. Porém, segundo parte considerável da doutrina, tal decisão possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, fazendo como que o Poder Judiciário e os órgãos da administração pública devam assegurar aos sujeitos homossexuais iguais direitos¹², tanto na composição de suas parcerias, quanto no exercício da parentalidade.

É cabível constatar, que o crescimento da denominada judicialização da política é diretamente proporcional à inércia do legislador, pois como pano de fundo de decisões judiciais de cunho político, existe uma insensibilidade do Congresso Nacional em receber as reivindicações das minorias periféricas, bem como, caso recebidas, transformá-las em leis.

No presente sentido, assiste-se, atualmente, a tramitação do Projeto de Lei 6.583/2013, denominado de Estatuto da Família, que busca conformar a estruturação da família, nos moldes do disposto em seu art. 2º, *in verbis*: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Porém, o sistema constitucional brasileiro possibilita o exercício contramajoritário do STF, uma vez instado a se pronunciar acerca de temas sensíveis, em que minorias recorrem a este, a fim de que direitos fundamentais lhes sejam outorgados¹³. Caberá à jurisdição exercer o mencionado exercício na defesa dos direitos fundamentais das minorias. Assim, estas podem buscar amparo no Judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição Federal frente a maiorias. Desta forma, o papel do Supremo torna-se cada vez mais relevante para o Estado Democrático de Direito, ao assumir a responsabilidade em aparar as arestas de um sistema imerso em lacunas e aporias, exigindo uma releitura de sua função contemporaneamente. Corroborando :

11 VALLE, *op. cit.*, pp. 3-4.

12 DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 146.

13 BAHIA, Alexandre G. M, Franco; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. 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, 9 (1), Jan./Jun. 2013, p. 66.

O Parlamento, em uma democracia plural, deve espelhar a pluralidade social e estar “sensível” às demandas. (...) Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que democracia e constitucionalismo devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que a prevalência de um sem o outro acabe gerando formas de ditadura. A democracia trabalha com maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. O constitucionalismo, no entanto, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria¹⁴.

Nesse cenário, reprova-se a interpretação literal de dispositivos tradicionais heterossexistas, os quais criam ambiente hostil ao homossexual, que deságua em sua marginalização social, tendente a esvaziar a democracia. Como cediço, cabe ao Judiciário, na atividade hermenêutica, inserir a norma no tempo e/ou integrá-la à realidade social, amoldando-a aos fatos sociais, inobstante a omissão legislativa.

De acordo com o Superior Tribunal de Federal, diante do aprofundamento jurídico acerca da questão e da necessidade de supressão de lacunas no ordenamento, não assiste aos representantes, mesmo que eleitos de forma majoritária, o direito de decretar a perda de direitos civis da minoria. Sem sombra de dúvidas, cabe aos Tribunais a proteção dos direitos fundamentais de todos, a partir de um compromisso com a melhor interpretação da lei e da Constituição, o que implica o reconhecimento daquela que privilegie a tutela e a universalização dos valores e direitos civis, que corporificam o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido :

O STF, no exercício da jurisdição em questões constitucionais, especialmente no caso de controle de constitucionalidade e de garantia de direitos, tem o papel de retroalimentar o debate público, dando legitimidade e voz a novos atores sociais e políticos, no sentido, inclusive, da igualdade de participação política. Reconhecer constitucionalmente a união estável entre pessoas do mesmo sexo é titularizar politicamente a eles, reconhecendo a esta minoria cidadania plena e direito de participação em igualdade do debate público relativamente ao direito das famílias. Vemos nesse reconhecimento algo que vai além da autonomia privada. O que em termos institucionais significa, no mínimo, que a legislação somente desenvolverá de modo consistente o sistema de direitos fundamentais reconhecendo esses atores como sujeitos, como cidadãos. Esse, aliás, é o sentido da garantia do devido processo legislativo, da garantia das condições institucionais para uma política deliberativa plural e democrática: direitos fundamentais, enquanto condições de possibilidade da própria democracia, não estão à disposição da vontade majoritária¹⁵.

Diante da necessidade do desiderato constitucional de concretização dos direitos fundamentais, os Tribunais possuem relevante atribuição. Somado ao referido compromisso social, encontra-se o clamor social acerca da observância do Direito aos novos anseios da população. Nessa senda, o arcabouço conceitual da Constituição constitui manancial, inclusive à efetivação do direito fundamental à preferência sexual e direitos correspondentes.

14 BAHIA, *op. cit.*, p. 69.

15 BAHIA, *op. cit.*, 82.

O Supremo Tribunal Federal pauta suas decisões na hermenêutica constitucional moderna, que, segundo Barroso¹⁶, possibilita a aplicação principiológica, em superação ao legalismo estrito, sem retornar às categorias metafísicas do jusnaturalismo. De acordo com a nova hermenêutica apontada, a Constituição Federal é tida como sistema jurídico aberto, e, assim, os princípios adquirem normatividade, a argumentação jurídica passa a ser valorizada e uma teoria dos direitos fundamentais é edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Sustein¹⁷ propõe, como solução às mencionadas reações adversas, a observância de acordos não completamente fundamentados. Esses acordos, às vezes, dependem da aceitação de abstrações em meio a sérios desacordos a respeito de casos específicos. Assim, aqueles que têm opiniões conflitantes sobre homossexualidade e igualdade sexual podem aceitar um princípio abstrato de vedação da discriminação.

É cabível dizer, que acordos não completamente fundamentados são, portanto, uma fonte importante de sucesso do constitucionalismo e de estabilidade social, fornecendo um canal importante para que as pessoas demonstrem respeito mútuo, para tanto, o autor enumera alguns exemplos. Com isso, as pessoas podem acreditar que é importante proteger a liberdade de religião, ainda que sejam adeptas de teorias diferentes para fundamentá-la. Desta forma, alguns podem enfatizar a necessidade de paz social; outros podem pensar que a liberdade religiosa reflete um princípio de respeito mútuo e um reconhecimento da dignidade humana; outros podem invocar razões utilitaristas; e outros podem, ainda, pensar na liberdade religiosa como um comando de natureza teológica. De forma similar, as pessoas podem invocar muitas bases diferentes para sua crença comum de que a Constituição deve assegurar a separação de poderes. Alguns podem pensar que a separação fortalece as garantias contra a tirania; outros podem pensar que ela torna o governo mais democrático; outros podem, ainda, acreditar que ela gera maior eficiência¹⁸.

Parece evidente que, analisando o senso comum, as pessoas podem concordar a respeito da correção de um resultado mesmo sem possuírem uma fundamentação que dê conta dos seus juízos. Segundo o autor, o indivíduo pode saber que objetos caem quando jogados, que picadas de abelhas doem, que o ar quente sobe e que a neve derrete sem saber exatamente por que isso é verdade. O mesmo é verdadeiro para a moral - tanto no geral, quanto em suas aplicações específicas no Direito Constitucional. Assim, o indivíduo pode saber que a escravidão é errada, que o governo não pode impedir protestos políticos, que cada pessoa deveria ter apenas um voto e que é errado o governo tomar sua propriedade a não ser que pague por isso, sem saber exatamente ou inteiramente por que as coisas são assim¹⁹.

Inserindo tais conclusões dentro a perspectiva do objeto em análise, as pessoas podem concordar com o reconhecimento da união homoafetiva: por ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição e, portanto, sua interpretação do art. 226 está correta; por respeito à dignidade da pessoa humana, consubstanciada no valor afeto; por respeito à isonomia; por razões utilitaristas; por razões pragmáticas; por ser indiferente à matéria; por achar que a moral vinculada à religião não pode interferir na esfera jurídica.

16 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no 9, março/abril/maio, 2007. pp. 5-6. Disponível em <https://direitodoestado.com.br/rere.asp>, acesso em 11/03/2012.

17 SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo* 246 (2007): 79-94, p. 79.

18 SUSTEIN, *op. cit.*, p. 80.

19 SUSTEIN, *op. cit.*, p. 81.

Ainda de acordo com Sustain²⁰, qualquer argumento por analogia depende de algum tipo de premissa – e essas premissas podem estar erradas. Pessoas em posições de autoridade podem concordar que a proibição de casamentos entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente aceitável porque é análoga à proibição de casamentos entre tios e sobrinhas; mas essa analogia pode ter sido mal concebida, porque existem diferenças relevantes entre os dois casos e porque as semelhanças estão longe de serem decisivas.

Desta forma, o que parece interessante no texto é a enumeração de exemplos rotineiros da vida social. Para Sustain²¹, as pessoas podem concordar que a filiação é de livre vontade do casal, mas pode entender que o Estado poderá limitar esse direito no caso dos homossexuais ou de pessoas com síndrome de Down. Logo, qualquer decisão exarada pelo Supremo Tribunal necessita acolher a propugnada pluralidade de pensamentos e ideários humanos, a fim de desenvolver fundamentação que possa suprir, ao menos em parte, as reações adversas ao seu conteúdo, o que evita, em regra, o seu prematuro esvaziamento.

Quando a fundamentação judicial é desconectada de teorias abstratas sobre o que é certo ou bom, os perdedores podem se submeter às suas obrigações legais, mesmo que de maneira relutante, sem serem forçados a renunciar a seus ideais maiores. Desta forma, acordos não completamente fundamentados são uma chave para debates acerca da igualdade tanto no Direito quanto na Política, quando questões são levantadas sobre se certas discriminações com base em sexo, orientação sexual, idade, deficiência e outras são análogas à discriminação racial; esses acordos têm a vantagem importante de permitir um alto grau de abertura para novos fatos e perspectivas. Desta maneira, em um dado momento, é possível pensar que relações homossexuais são similares ao incesto; em outro, é cabível achar essa analogia inconcebível. É claro que um juízo completamente fundamentado teria muitas virtudes se estivesse correto, mas essa é uma perspectiva improvável para os seres humanos, inclusive para o STF e para os legisladores²².

Quanto a possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional de forma contramajoritária e suas possíveis reações adversas, importante transcrever a análise de Dixon²³, referindo-se à experiência norte-americana. Desta forma, segundo a autora, a atuação da Suprema Corte revela-se, sempre ou predominantemente, contramajoritária e protetiva aos direitos fundamentais discutidos – afinal, esse é seu mister constitucional. Se assim o é, a reação intensa e em sentido contrário expressaria uma reação especialmente virulenta e polarizada daquela suposta maioria que, tendo censurada sua decisão pelo Judiciário, passa a se qualificar como os “perdedores”, o que pode determinar a fragilização do exercício ordinário da política, substituído por uma nova e deformada maneira de alcançar os resultados bloqueados pela Corte²⁴. A partir dessa perspectiva, parte da doutrina recomenda especial consideração pela autoridade julgadora deste potencial regressivo da decisão, quando do exame de questões socialmente sensíveis, sugerindo estratégias de construção da decisão que tendam a neutralizar essa possibilidade.

20 SUSTEIN, *op. cit.*, p. 83.

21 SUSTEIN, *op. cit.*, p. 87.

22 SUSTEIN, *op. cit.*, p. 87.

23 DIXON, Rosalind. Amending constitutional identity. *Cardozo Law Review*, Volume 33, June 2012, number 5, p. 1.

24 GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. Backlash to the future? From Roe to Perry. 60 *UCLA Law Review Discourse*. 240 (2013) p. 240-246. Disponível em <<http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>>, acesso em 21 de agosto de 2013.

De acordo com Valle²⁵, há que se analisar o ocorrência, muitas vezes, de um descompasso entre a decisão judicial e os anseios sociais, bem como políticos. Com efeito, nesses casos, acontece um descontentamento com o comando, cuja reação à mudança brusca, só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regime anterior (superado pela decisão) que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si.

Ultrapassadas as considerações acerca do conteúdo da decisão e de seus efeitos sociais e institucionais, importante analisar o mecanismo de materialização do comando imposto. Com isso, o Supremo Tribunal foi instado a construir novos instrumentos decisórios, afim de que sejam efetivos os comandos esboçados em suas sentenças, instrumentos muitas vezes não concebidos de maneira clara pela arquitetura formalista constitucional, mas existentes implicitamente na substância da lei maior. Desta forma, Sabel²⁶ propõe a substituição da *remedial intervention* (provimento jurisdicional previamente delineado) por um experimentalismo na composição da solução.

Tal experimentalismo encontra-se reservado às hipóteses em que o autor associa a direitos desestabilizadores (*destabilization rights*), que, por fim, tornam instável uma situação previamente constituída. Assim concebidos, os direitos desestabilizadores representam direitos que exigem ser desenclausurados de uma instituição ou condição que sistematicamente falhou em cumprir suas obrigações e manteve-se imune às forças tradicionais de correção política. Nesse sentido, é possível inserir no rol dos mencionados direitos a igualdade.

Quando da análise da decisão brasileira, acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas, constata-se a preocupação do STF em materializar a isonomia entre parcerias homossexuais e heterossexuais, ao afirmar que as primeiras detêm igual direito subjetivo à constituição de uma família, em relação às segundas. Entende-se, portanto, que o afeto entre pessoas do mesmo sexo em nada se diferencia daquele observado em relações estabelecidas entre pessoas com sexos distintos. Na lição de Santos, é possível identificar a importância da consagração da isonomia nas relações humanas: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”²⁷.

Importante constatar, que nos litígios em direitos desestabilizadores, em que se utiliza o experimentalismo, as partes são indefinidas, e com tendência a se ampliarem, sendo analisado o modo de operação política ou da instituição pública, sendo postulados a reestruturação e o monitoramento de longo prazo da ação pública. Não se tem dúvidas de que a matriz jurisdicional brasileira ainda se ressentir de conservadorismo, o que faz com que os litígios sejam resolvidos de maneira tradicional. Assim, nos litígios tradicionais, cujo direito ventilado é o direito material tradicional, as partes encontram-se claramente identificadas, sendo analisada uma (in)ação pública específica e sendo postulado a outorga específica de um bem ou um serviço²⁸.

Em relação ao modelo tradicional, o procedimento jurisdicional pretende antecipar e expressar todas as diretrizes necessárias a induzir sua observância numa decisão simples, ampla e de difícil alteração. Como consequência da prévia construção do instrumento,

25 VALLE, *op. cit.*, p. 9.

26 SABEL, Charles F., and SIMON William H.. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101, pp. 1019-1120.

27 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

28 SABEL, *op. cit.*, pp. 1019-1120.

existe a sensação de garantir a anuência do réu para com as prescrições de conduta contidas na decisão judicial (normalmente, processos destinados a conduzir a resultados), possuindo o Tribunal papel predominante na formulação da decisão “remediadora”. De outra sorte, dentro das premissas de utilização do experimentalismo pela Corte, a apuração da responsabilidade, seria a função judicial primária, enquanto a definição da medida seria a atividade secundária delegável²⁹.

Não há dúvidas, de que a passagem para o experimentalismo (ação catalisadora) exige uma mudança de atitude e métodos por parte do magistrado, que vai do papel de determinador do resultado, para o de facilitador da conduta; e, a determinação dos efeitos da decisão (para autor e réu) decorre não da subsunção em si – mas da negociação que ali se dê, constituindo resultado inequívoco a perda da autonomia na escolha³⁰.

Considera-se elemento desse novo instrumento, o reconhecimento de uma certa limitação pelo Poder Judiciário, que se destitui de um papel impositivo e repressivo, e assume um papel colaborativo, constituindo pressupostos para o exercício do experimentalismo: identificação de uma disfunção sistêmica (o estado de coisas inconstitucional na Colômbia); problemas policêntricos; e, transcendência potencial da solução³¹.

Segundo Gravitó³², diante de um provimento estruturante, o Poder Judiciário age como articulador das instâncias envolvidas no conflito, sendo a construção da solução um processo contínuo (jurisdição supervisora), a partir de canais abertos de comunicação entre governo e sociedade. Assim concebido, o provimento estruturante mostra-se, contemporaneamente, mais adequado, uma vez que o Poder Judiciário acaba possuindo um papel de gerenciador, revelando o direito constitucional violado, colocando os poderes em mora, por sua inércia e silêncio e exigindo a tomada das medidas necessárias para que o ordem constitucional seja restaurada. Nesse sentido, é cabível mencionar, que a decisão do Tribunal Constitucional Sul-Africano, diante do reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo, fundamentou-se no propugnado provimento estruturante.

Diante do reconhecimento dos efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo, na África do Sul, foi possível constatar a preocupação da decisão com o *remedy* apropriado a ser utilizado pela Corte. Não há como desconsiderar, a estrutura visionária e inclusiva da Constituição sul-africana, ao possibilitar uma postura contramajoritária do Tribunal (o que ocorre também no ordenamento jurídico brasileiro), através da aplicação de valores constitucionais à lei comum, dentro de um contexto de aceitação e justiça à igualdade de todos³³.

Porém, à época do ajuizamento da ação constitucional, o Estado Sul-Africano afirmou, em recurso interposto contrário à decisão, que o Tribunal não teria o poder para redefinir o âmbito da Lei de Matrimônio, uma vez que somente o Poder Legislativo teria a mencionada prerrogativa, o que decorreria da seção 172 (1) da Constituição, que restringe sua competência à interpretação da norma, impossibilitando o seu desenvolvimento. Para ser empreendida uma mudança na estrutura normativa, dever-se-ia consultar o povo sul-

29 SABEL, *op. cit.*, pp. 1019-1120.

30 SABEL, *op. cit.*, pp. 1019-1120.

31 SABEL, *op. cit.*, pp. 1019-1120.

32 RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89 (7), 2011, p. 1669-1698.

33 SOUZA, *op. cit.*, p. 117.

-africano, argumento insubsistente, já que foi, à época, elaborado relatório que comprovava a ampla aceitação pública³⁴.

Após a delimitação da questão, à Corte foi imbuída a tarefa de traçar o contorno objetivo do remédio, a ser utilizado, como decorrência do provimento estruturante, ora esboçado. De um lado, a possibilidade de alteração direta, pela Corte, do disposto na seção 30 (1) da Lei de Matrimônio, por outro lado a necessidade de suspensão da declaração de nulidade da mencionada seção e a consequente remessa ao Parlamento Sul-Africano³⁵, para que este sanasse o injusto. Segundo Sacks, Ministro relator da decisão em comento :

Como já concluí, a lei comum e a seção 30 (1) da Lei de Matrimônio são inconsistentes com as seções 9 (1), 9 (3) e 10 da Constituição, uma vez que não possibilitam a casais do mesmo sexo desfrutarem do *status*, benefícios e responsabilidades, que concedem aos casais heterossexuais. Nos termos da seção 172 (1) (a) da Constituição, este Tribunal deve declarar a inconsistência de qualquer lei com a Constituição, sendo esta inválida dessa forma. Nos termos do artigo 172 (1) (b) é possibilitado ao Tribunal realizar qualquer ordem que seja justa e equitativa. Tal ordem pode ser no sentido de suspender a declaração de nulidade, concedendo um prazo ao Congresso para corrigir o defeito³⁶ (tradução nossa).

Através do permissivo constitucional e diante da necessidade de formulação do contorno objetivo de um remédio seguro, foi necessário analisar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se determinar a melhor maneira para a efetivação dos valores da Constituição, considerada uma ordem justa e equitativa. Desta forma, alterando diretamente a Lei do Matrimônio, a fim de abarcar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a Corte solucionaria o problema de inconstitucionalidade da norma, mas, ao mesmo tempo, negligenciaria a separação de poderes³⁷. Segundo Souza :

Para não incorrer em riscos à democracia, o melhor seria procrastinar-se a correção por um período adequado, suspendendo a declaração de nulidade, para que o Parlamento tivesse a chance de solucionar o defeito. Isso decorre do fato, de que a medida temporária possui probabilidade menor em alcançar o desiderato constitucional (no seu viés da igualdade), do que a ação legislativa de caráter duradouro.

Importante comparar a presente postura com a do Tribunal Constitucional alemão. Para Valle³⁸, com respaldo em Kommers, o Tribunal mencionado busca suavizar o impacto político de suas decisões, através de provimentos, nos quais o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação, a fim de corrigi-las ou revogá-las diretamente pela via legislativa. Ambas são consideradas estratégias destinadas à promoção de um diálogo institucional entre os poderes.

34 SOUZA, *op. cit.*, p. 118.

35 O Parlamento sul-africano é identificado pela sigla ANC, ou seja, *African National Congress*.

36 Cf. voto do Ministro Albie Sacks no caso CCT 10/05, p. 75. Disponível em: <https://www.constitutionalcourt.org.za>.

37 SOUZA, *op. cit.*, p. 119.

38 VALLE, Vanice. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

Ainda de acordo com Sacks, a importância pública da questão em debate deve ser considerada, sendo conveniente e necessário fornecer ao Parlamento a oportunidade para regulamentar a matéria, de acordo com os apelos sociais, que tal poder tem o dever de zelar, além de sua pronúncia fornecer legitimidade ao casamento homossexual, a partir do reconhecimento da sociedade ali representada³⁹.

Importante registrar que, à época do julgamento, o Parlamento encontrava-se legislando, mesmo que de forma incipiente, acerca dos direitos homoafetivos, desempenhando o papel de tentar eliminar a discriminação. Com efeito, a Corte Constitucional sul-africana, por maioria de votos, determinou, que o Poder Legislativo no prazo de um ano, a contar da data do julgamento, sanasse a inconstitucionalidade e regulasse a matéria, suspendendo a declaração de nulidade⁴⁰.

Contudo, caso o Congresso não cumprisse a relatada decisão, dentro do prazo estabelecido, seria considerada plenamente efetiva a modificação da seção 30 (1) da Lei de Matrimônio, a fim de permitir o casamento entre casais homossexuais. Desta maneira, a ausência de regulamentação pelo Legislativo estenderia, aos pares homoafetivos, os *status*, os benefícios e as responsabilidades inerentes aos casais heterossexuais⁴¹. Ainda de acordo com Souza :

Por fim, a utilização do remédio apropriado pela Corte Constitucional sul-africana deteve a aptidão em efetivar o direito ao casamento homossexual, uma vez que o Parlamento editou nova lei sobre matrimônio, em 14 de novembro de 2006, cujo objetivo foi acabar com a discriminação perpetrada pela antiga norma infraconstitucional, respeitando, desta maneira, a decisão de sua Corte Suprema⁴².

O provimento estruturante desenvolvido pela Corte Sul-Africana pode ser identificado no exercício do Tribunal Constitucional Colombiano, que desenvolveu a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, constituindo requisitos para sua aplicação :

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”⁴³.

39 SOUZA, *op. cit.*, p. 119.

40 SOUZA, *op. cit.*, p. 119.

41 SOUZA, *op. cit.*, p. 120.

42 SOUZA, *op. cit.*, p. 120.

43 GRAVITO, *op. cit.*, p. 1669-1698.

Assim concebido o denominado Estado de Coisas Inconstitucional, ocorre a necessidade em redesenhar condições institucionais ou procedimentos, o que não acarreta uma interferência, pelo Poder Judiciário, no conteúdo dos direitos, mas apenas na reestruturação dos mecanismos que tutelam tais garantias. Neste sentido, de acordo com Valle :

Another issue to be pondered is whether judicial decisions concerning institutional frameworks or implementation strategies express, themselves, a definition of the rights' content. This is the practice in the US, in the public law litigation; and in other countries around the world, as the structural injunction crafted in Colombia. Institutions might present themselves as essential to providing certain rights access to justice, for instance, cannot happen without the Judiciary or a similar institutional arrangement. Nevertheless, institutions are mainly instrumental to the concretion of the right itself; from which we can conclude that in redesigning institutional conditions or procedures, the Judiciary is not interfering in rights content - only with the mechanisms that to protect and provide those guarantees⁴⁴.

A inércia do Poder Legislativo na materialização de lei protetiva e do Poder Executivo na realização de políticas públicas, constituem algumas das razões para a aplicação da teoria, em que o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional desenvolve-se a partir de uma ideia relacionada a um determinado litígio estratégico. Logo, o Tribunal Constitucional da Colômbia enumerou as premissas necessárias para a utilização de um provimento estruturante, em que o Tribunal atua como verdadeira instância de jurisdição supervisora.

Desta forma, o experimentalismo na construção, tanto do conteúdo, quanto do comando da decisão, pela Corte Constitucional brasileira, foi abordado por Valle, que aponta a existência de uma teoria dialógica neste sentido, fomentando o encorajamento de um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Porém, não há dúvidas de que

(...) essas providências dialógicas enfrentam sérios obstáculos relacionados à ameaça de um uso meramente simbólico pelo Judiciário, e ainda com uma trajetória de deliberação substitutiva, uma vez mais pelo Judiciário, levando a um reforço da inércia legislativa, ou à alienação da sociedade em relação ao tema debatido, minando a responsabilidade democrática⁴⁵.

Como isso, a determinação do remédio também faz parte do apontado provimento estruturante, que, ao ser elegido, deve levar em consideração o diálogo institucional necessário. O *remedy*, concebido como ordem/condenação, existe para dar sentido ao direito tutelado, ou seja, presta-se a dar vida à decisão, e não mais se constituindo como simples declaração judicial. Com efeito, ocorre uma reconciliação entre a sentença e o mundo da vida, pois deve-se romper a lógica de que a sentença coloca fim ao litígio, sendo esta uma ideia de caráter artificial.

44 VALLE, Vanice Lírio do. *Rights, remedies and interdependence: a case study on housing rights litigation in Rio de Janeiro*. PRÉCIS RESEARCH PROJECT (2015-2016). Mimeo.

45 VALLE, Vanice Lírio do. *Manifestações de constitucionalismo dialógico na jurisdição constitucional brasileira*. Mimeo.

Diante do reconhecimento dos efeitos jurídicos inerentes à união homoafetiva, o Supremo Tribunal perdeu a oportunidade em estabelecer diálogo construtivo com o Poder Legislativo, acerca da necessidade de promulgação de uma norma infraconstitucional, regulamentando tais direitos, o que, decerto, tende a esvaziar o conteúdo da decisão. Importante frisar, que o processo de revelação do desiderato da Constituição Federal não se esgota numa decisão em particular, mas prossegue, num diálogo constitucional permanente, sem o que se teria o risco de uma dissociação entre o Texto e a sociedade que ele pretende conformar⁴⁶.

Assim concebido, o provimento estruturante torna-se uma solução para que as decisões do STF incorporem ao ordenamento de forma efetiva, materializando a tutela do direitos das minorias, por força de seu papel contramajoritário, afinado com o Constitucionalismo Democrático. Diante da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, o STF deve agir como instância de jurisdição supervisora, mas que em nada adianta, sem a incorporação de um remédio adequado, que, por seu turno, não se restringe à simples declaração de efeitos e enumeração de direitos fundamentais.

Desta forma, o Supremo Tribunal deve solucionar os desafios à preconizada remodelagem institucional, a partir da constatação da existência de reação às decisões judiciais. Logo, deverão ser identificados os necessários interlocutores na construção de uma decisão judicial em temas sensíveis, que se revele comprometida com uma observação dos juízos de valor da democracia material⁴⁷. Um diálogo institucional torna-se necessário, também, para que o comando seja efetivado, por meio de um remédio correto.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas, de que os Tribunais Constitucionais adquiriram, nas últimas décadas, grande importância no cenário político, ao se tornarem o *locus* em que direitos fundamentais são reconhecidos, a partir de uma interpretação constitucional mais ampla e valorativa. Porém, a simples declaração de direitos já não se mostra efetiva, atualmente, exigindo da Corte a elaboração de uma decisão consubstanciada em acordos não completamente fundamentados, a fim de se evitar reações sociais e institucionais adversas ao comando prolatado. E não é só isso. A maneira tradicional de resolver um litígio deve ser revista, uma vez que o provimento estruturante coloca o Tribunal como instância de jurisdição supervisora, permitindo a este acompanhar a materialização do comando, por meio da escolha do remédio adequado.

Em relação ao conteúdo que se espera de uma decisão em sede constitucional, como observado em Sustain, acordos não completamente fundamentados têm muitas virtudes, incluindo a facilitação da convergência, a redução dos custos do desacordo e a demonstração de humildade e respeito mútuo. Importante reconhecer, que tais acordos não garantem, em todas as vezes, o respeito necessário, qualquer que seja o seu conteúdo, porém, ajudam a dirimir a questão acerca da diversidade de pensamentos dos indivíduos, que compõem uma sociedade, diante de fortes desacordos, tanto sobre o que é certo, quanto sobre o que é bom.

É certo que ocorre um câmbio necessário entre a esfera social e jurídica, mas, quando negativo, fomentando a tentativa de esvaziamento das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal, à própria decisão caberá conter os excessos. Nesse cenário, a apropriação do *remedy*

46 VALLE, *op. cit.*, p. 1.

47 VALLE, *op. cit.*, p. 1.

correto, acaba por evitar manifestações difusas e descompromissadas com a declaração de direitos, expressa pela Corte. Evitar-se-iam ações de inconstitucionalidade e propostas legislativas em descompasso com a interpretação promovida em sede de *judicial review*.

Em relação à decisão de reconhecimento do casamento civil homossexual na África do Sul, a Corte buscou fundamentação em sua própria estrutura constitucional, que permite à Corte definir o remédio a ser imposto. Com autoridade, a Constituição Sul-Africana possibilita ao Tribunal Constitucional a tomada das medidas necessárias para que o injusto seja suprimido do ordenamento em questão. Isto posto, nessa arquitetura de poder, o Tribunal não se limita à declaração de inconstitucionalidade de dada norma infraconstitucional, avocando-se a tarefa de concretizar seu comando expresso, sem, no entanto, atravessar a separação de poderes, concebido numa engenharia constitucional pré-determinada.

No diz respeito ao Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, há que se extrair a possibilidade do Tribunal exercer a função de gerenciamento da decisão prolatada, cuja finalidade é sanar o desrespeito à Constituição, por meio de atividade proativa da Corte, que assume papel fundamental na efetivação do comando.

Diante do reconhecimento dos efeitos jurídicos inerentes à união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de constituir em mora o Poder Legislativo, acerca da promulgação de norma, regulamentando tais direitos, o que, decerto, tende a neutralizar a amplitude do conteúdo decisório.

Como decorrência da não aplicação do remédio necessário, assiste-se, atualmente, uma massificação de reações adversas à declaração de efeitos jurídicos à entidade familiar homossexual, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Resolução 175 do CNJ e a tramitação de Projeto de Lei acerca do Estatuto da Família. Assim, percebe-se o descompasso institucional, no qual o resultado é o esvaziamento de uma decisão da Corte Constitucional brasileira, legitimada constitucionalmente para a realização do exercício que lhe foi imposto.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre G. M, Franco; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. 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, 9 (1), Jan./Jun. 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no 9, março/abril/maio, 2007. pp. 5-6. Disponível em <https://direitodoestado.com.br/rere.asp>, acesso em 11/03/2012.
- COSTA, Alexandre Benvido; ZAIDEN, Juliano, *A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais* (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights) (April 1, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>.

- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- DIXON, Rosalind. Amending constitutional identity. *Cardozo Law Review*, Volume 33 June 2012 number 5.
- GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B.. Backlash to the future? From Roe to Perry. *60 UCLA Law Review Discourse*. 240 (2013) p. 240-246. Disponível em <<http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>>, acesso em 21 de agosto de 2013.
- HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, Vol. 75, No 2, p. 721, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>.
- NIETO, Alejandro, e GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89 (7), 2011, p. 1669-1698.
- SABEL, Charles F., and SIMON William H.. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O papel das Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana no reconhecimento da união homoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, ano XV, no 36, out.-nov. 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo* 246 (2007): 79-94.
- VALLE, Vanice. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. Mimeo.
- _____. *Manifestações de constitucionalismo dialógico na jurisdição constitucional brasileira*. Mimeo.
- _____. *Rights, remedies and interdependence: a case study on housing rights litigation in Rio de Janeiro*. PRÉCIS RESEARCH PROJECT (2015-2016). Mimeo.

Thiago Serrano Souza

thiagoserrano@ymail.com

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de graduação e pós-graduação em Direito Civil e Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Processual pela Escola de Magistratura da Justiça do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e consultor jurídico especialista em direito de civil e direito homoafetivo. Examinador da Fundação Getúlio Vargas para o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Email: thiagoserrano@ymail.com

Link para o curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/4260267230068806>

Edna Raquel Hogemann

ershogemann@gamil.com

Pós-Doutora - Orientadora

UNESA Universidade Estácio de Sá/RJ