



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM NÍVEL DE MESTRADO
CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE

DÁRSON ASTORGA DE LA TORRE

**O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO E A
LUTA POR RECONHECIMENTO DE DIREITOS**

Brasília – DF

2014

DÁRSON ASTORGA DE LA TORRE

**O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO E A
LUTA POR RECONHECIMENTO DE DIREITOS**

**Dissertação de Conclusão de Curso apresentada
à Coordenadoria do Curso de Mestrado em
Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense
de Direito Público – IDP – como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito**

**Orientadora: Professora Doutora Julia
Maurmann Ximenes**

Brasília – DF

2014

DÁRSON ASTORGA DE LA TORRE

**O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO E A
LUTA POR RECONHECIMENTO DE DIREITOS**

**Dissertação de Conclusão de Curso apresentada à
Coordenadoria do Curso de Mestrado em
Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense
de Direito Publico – IDP – como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito**

**Orientadora: Professora Doutora Julia
Maurmann Ximenes**

Brasília – DF

2014

DÁRSON ASTORGA DE LA TORRE

**O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO E A
LUTA POR RECONHECIMENTO DE DIREITOS**

**Dissertação de Conclusão de Curso apresentada
à Coordenadoria do Curso de Mestrado em
Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense
de Direito Público – IDP – como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito.**

Orientadora: Dra. Julia Maurmann Ximenes.

Aprovada em _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Profa. Dra. JÚLIA MAURMANN XIMENES - IDP

Avaliador interno – Dra. SORAIA DA ROSA MENDES

Avaliador externo – Dr. ELIZEU FRANCISCO CALSING

“Uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.

Voto da Min. do STF, Ellen Gracie – Julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132.

AGRADECIMENTOS

São inesquecíveis as pessoas, além da família, amigos e professores, a quem devo agradecer. Contudo, mais do que me lembrar de seus nomes, sua lembrança seguirá, para sempre, dentro do meu coração. E este sentimento, que me anima como a uma chama, só terminará no dia em que a chama se apagar. Ainda assim, mesmo quando se apagar, sua fumaça ficará vagando pelo mundo, no tempo...

Muito obrigado!

Ao Criador, pela oportunidade da vida digna;

Aos meus queridos pais, Raulino e Maria, por tudo;

Às minhas irmãs, pela amizade e carinho;

Aos meus sobrinhos, flores da minha vida;

Aos colegas de trabalho, pela paciência, compreensão e generosidade;

Ao Vagner e Neto, por seu cuidado constante;

À amiga e professora Carla Patrícia, pelo estímulo;

Aos amigos Cal e Pat Groff, OJ , Belle e Yvonne Darris, John e Alanna Downton ;

Aos professores do IDP, pelos ensinamentos diferenciados e aprofundados;

À minha orientadora, pela segurança, serenidade e firmeza.

RESUMO

O propósito deste estudo é investigar, com fundamento na Teoria da Luta por Reconhecimento e na Teoria dos Princípios, de Axel Honneth e de Humberto Ávila, respectivamente, se o direito ao reconhecimento do casamento homoafetivo é legalmente possível, apesar da omissão legislativa.

À inexistência de legislação específica sobre a matéria, além do fundamento teórico, esta dissertação analisará 16 (dezesesseis) sentenças judiciais, obtidas por meio de divulgação na rede mundial de computadores, a fim de verificar sua compatibilidade com o sistema principiológico adotado pela Constituição Federal e, em especial, os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para a efetivação dos valores da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, núcleo axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Luta. Reconhecimento. Postulados Normativos. Direitos. Princípios. Valores. Casamento. Homoafetivo.

ABSTRACT

The purpose of this study is to investigate, taking into consideration The Struggle for Recognition Theory and The Theory of Principle, respectively written by Axel Honneth and Humberto Ávila, if the right to the recognition of the homoaffective marriage is possible, despite the legislative omission.

As there isn't specific legislation about the subject, this dissertation analyzes both the theoretical sources plus 16 (sixteen) judicial sentences available at the world computer network – Internet – to verify its compatibility with the principiological system adopted by the Constitution and especially the said arguments used to effectivate values like Equality and Human Dignity, axiological center of the Brazilian Federal Constitution.

KEYWORDS: Struggle. Recognition. Normative Postulate. Rights. Principles. Axiological values. Marriage. Homoaffective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A EXPERIÊNCIA DO PRECONCEITO.....	18
2. LUTA PELO RECONHECIMENTO - AXEL HONNET.....	40
3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS - HUMBERTO ÁVILA.....	64
4. O PODER JUDICIÁRIO - FUNDAMENTOS UTILIZADOS EM SENTENÇAS JUDICIAIS.....	84
4.1. Vazio normativo e omissão legislativa.....	87
4.2. Realidade imposta ao Direito.....	92
4.3. Premissas fundamentais para acolhimento de causas.....	94
4.4. Tema ainda impregnado de preconceitos.....	97
4.5. Princípio da Igualdade e da Dignidade Humana.....	99
4.6. Mudanças no conceito de família	105
4.7. Equiparação da união estável ao casamento.....	110
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

Esta dissertação analisa a perspectiva de reconhecimento do direito ao *casamento civil*, por par formado de pessoas do mesmo sexo, com fundamento no princípio constitucional da igualdade, elevado a postulado normativo.

Para este desiderato, consideram-se, como fundamentos principais, as teorias desenvolvidas por AXEL HONNETH - Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais¹, e por HUMBERTO ÁVILA - Teoria dos Princípios².

Trata-se de estudo circunscrito ao âmbito do Direito Constitucional em sua interação com o Direito Civil, no tocante ao direito das famílias, e suas conexões com a Sociologia e com a Filosofia, especialmente nos temas que se relacionam à organização social contemporânea, a vida em sociedade e a luta por reconhecimento de direitos, da perspectiva do moderno Estado Democrático de Direito.

Pensamos que ainda não se estudou o suficiente acerca dos fundamentos – e sua legitimação – que levam este fato social a ser ignorado pelo ordenamento jurídico pátrio, especialmente em face da proclamada igualdade entre todos os brasileiros, reconhecida pela vigente Constituição da República.

Entendemos que a diferenciação de tratamentos refletida *i)* no reconhecimento do direito ao casamento ao par heterossexual e *ii)* na negativa de reconhecimento ao par homoafetivo, em decorrência da omissão legislativa, pode acarretar uma desigualação ilegítima, do ponto de vista do ordenamento jurídico, entre cidadãos que são, por força da Constituição Federal, iguais.

Omisso na legislação, o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo foi possível essencialmente por meio de decisões judiciais, do que decorreu a noção de que a construção pretoriana, privilegiando a luta por reconhecimento de direitos, conforme teoria de HONNETH, fundamentada no postulado normativo da igualdade, consonante teorização de ÁVILA, foi, por anos, o único mecanismo de concretização do direito fundamental ao reconhecimento do casamento civil, historicamente buscado pelos pares homoafetivos³.

¹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais; tradução de Luiz Sérgio Repa; apresentação de Marcos Nobre.** São Paulo. Ed. 34, 1ª reimpressão, 2011.

² ÁVILA, Humberto. **TEORIA dos PRINCÍPIOS: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed., atualizada.** São Paulo. MALHEIROS EDITORES LTDA. 2013.

³ O vocábulo *homoafetividade* e suas derivações, como *homoafetivo* foram cunhado, no Brasil, por MARIA BERENICE DIAS, no artigo **Homoafetividade e Direito Homoafetivo**, disponível em

Recentemente, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aprovou e fez editar Resolução por meio da qual vedou aos cartórios brasileiros recusar a “habilitação e celebração do casamento civil ou de conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo”⁴.

Releva salientar que o CNJ não possui competência legislativa, razão porque a citada resolução não possui força de lei, de modo que, além de criar a obrigatoriedade para os cartórios, não pode normatizar ou reconhecer direitos, do que se infere restar *inconcreto* o direito ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A Teoria da Luta por Reconhecimento de Axel Honneth, publicada originalmente em 1992, será, juntamente com a obra de Humberto Ávila, o fundamento teórico deste estudo. Ambas serão analisadas de uma perspectiva sociojurídica, *i. e.*, a partir de uma abordagem reflexiva sobre o pensamento sociológico em sua interação com o Direito, mais notadamente com o Direito Constitucional.

A especial opção pelos estudos da Sociologia e do Direito, considerada da perspectiva de interseção destas áreas do conhecimento que, juntas, formam uma área singular de estudos: a sociologia do direito ou sociologia jurídica - ciência autônoma que tem seus fundamentos nos estudos do fenômeno social interessante ao direito, *i. e.*, ciência que busca compreender o modo de organização e desenvolvimento de instituições e suas formas de controle social - visa, dentre outros fins, a compreensão do modo como se relacionam as mudanças sociais, o direito e o ordenamento jurídico.

Este estudo investiga e discute, por meio de pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos e jurisprudência, as teorias que suportam a hipótese de que o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo, que atualmente decorre, em larga medida, de construção pretoriana, ainda padece da inexistência de legislação específica, cujas consequências são a categorização ilegal de cidadãos, a mitigação ilegítima de direitos e a desigualação injustificada entre as pessoas, o que acarreta a perpetuação de preconceitos.

Importante frisar que *não* se está a tratar da união estável homoafetiva, tema sobre o qual a Suprema Corte brasileira já se manifestou⁵. O tema que nos move é o reconhecimento do direito ao *casamento civil homoafetivo*.

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52 - homoafetividade e direito homoafetivo.pdf>, acessado em 02 de outubro de 2013.

⁴ Trata-se da norma do artigo 1º, da **Resolução CNJ nº. 175**, de 14 de maio de 2013.

⁵ BRASIL, *op. cit.*, julgamento conjunto das **ADI nº. 4277** e **ADPF nº. 132**, Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, 2011.

Com vistas à discussão das idéias que se articulam em torno da luta por reconhecimento do direito ao casamento civil, por par homoafetivo, esta dissertação está estruturada em quatro capítulos, a saber:

O Capítulo 1 - *A EXPERIÊNCIA DO PRECONCEITO* - apresenta e discute a noção de preconceito, da perspectiva da Sociologia e de sua interação com Psicologia e com o Direito, caminho que traçamos para demonstrar os sentimentos experimentados pela pessoa humana objeto das injustificadas diferenciações, no plano real, e a expectativa de exercício de direitos, de caráter fundamental, no plano ideal.

O contexto do estudo deste capítulo é a experiência negativa vivida pelo par homoafetivo em sua luta por reconhecimento do direito ao casamento civil, decorrente tanto do preconceito social quanto da omissão legislativa, ocasionando ora a marginalização deste segmento social, ora sua ridicularização, e não raro ambas, o que se observa principalmente na ausência de tratamento igualitário e isonômico, no surgimento e perpetuação de preconceitos.

Partimos da premissa de que os homossexuais vivem um momento histórico singular, de aparente apogeu e aceitação social, decorrente, principalmente, de sua grande exposição na mídia. Esse *boom* atual também possibilita o reconhecimento de direitos, especialmente públicos, tais como previdenciários, e civis, como os familiares, o que exemplifica o reconhecimento da união estável homoafetiva, com fundamento na norma constitucional que prestigia o reconhecimento jurídico dos *novos arranjos familiares*.

Contudo, sabe-se que o reconhecimento da citada união estável homoafetiva não vinculou o reconhecimento do direito ao *casamento*, instituto específico e diferenciado pelos ordenamentos jurídicos, pelo qual o direito brasileiro melhor protege a instituição familiar.

A diferença de direitos entre a união estável e o casamento não é objeto deste estudo, mas, no que concerne ao par homoafetivo, a negativa de reconhecimento dos *mesmos direitos* tanto aos homossexuais quanto aos heterossexuais é relevante para discutir a ausência de justificativa legítima para tanto, do que decorre a experiência do preconceito contra aqueles, especialmente contra o reconhecimento do direito ao casamento civil, que se traduz em luta por reconhecimento de direitos, no sentido que lhe atribuiu a teoria de HONNETH.

O Capítulo 2 – *LUTA POR RECONHECIMENTO – AXEL HONNETH*, analisa e discute a teoria de HONNETH⁶ procurando demonstrar que a luta por reconhecimento social e jurídico é fenômeno perfeitamente identificável nas sociedades e apto a caracterizar, do

⁶ HONNETH, *op. cit.*, 2011.

ponto de vista histórico, a luta dos pares homoafetivos pelo reconhecimento do direito ao casamento.

Seus escritos são considerados da perspectiva moderna atual, haja vista que a discussão que trava a respeito dos conflitos sociais e da consideração moral que a sociedade faz dos grupos organizados e de seu painel de reivindicações, por ser atual, serve como fundamento teórico à proposta deste estudo.

Embora HONNETH tenha sido professor e Diretor do Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt (*Main*), função na qual sucedeu Jürgen Habermas, sua inspiração decorreu dos escritos de HEGEL, que havia desenvolvido, ainda nos seus tempos de *Jena*, a primeira teoria crítica da luta por reconhecimento. É esta primeira idéia que irá dar a HONNETH o fundamento para o desenvolvimento de sua teoria, haja vista seu entendimento de que HEGEL deixara incompletos seus estudos, o que observou pela textura iminente teórica destas anotações críticas, ausentes de um elemento que lhe dessem aplicabilidade prática. Foi este *déficit* que inspirou o desenvolvimento da teoria honnethiana.

No Capítulo 3 – *A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA*, discorreremos acerca da tese desenvolvida pelo Prof. ÁVILA elevando a postulado normativo específico a *igualdade*.

ÁVILA diferencia regras, princípios e postulados normativos, sendo estes últimos espécie de norma sobre aplicação de outras normas, *sobrenormas*, *metanormas*. Para este autor, os postulados se diferenciam das regras porque estas seriam normas que se circunscrevem no mesmo nível do objeto de sua aplicação, sendo, portanto, decisivas e abarcantes, e dos princípios, porque estes seriam normas com pretensão de complementariedade e de parcialidade, axiológicos e genéricos, situados, a exemplo das normas, no mesmo nível do objeto de sua aplicação⁷.

No capítulo 3 estudamos com profundidade a *igualdade*, substrato jurídico constitucional desta dissertação, com fins de verificar se sua essência possui textura jurídica suficiente para embasar o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo, expressão da luta por reconhecimento de direitos dos pares homoafetivos.

Ainda neste capítulo, buscamos articular os argumentos sociológicos desenvolvidos por HONNETH aos argumentos jurídicos anotados por ÁVILA. A finalidade é a de verificar a densidade e a força jurídica destas articulações com fins de reconhecimentos de direitos, no

⁷ ÁVILA, *op. cit.*, p. 84.

caso, o reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo à míngua de legislação específica.

No capítulo 4 – *O PODER JUDICIÁRIO – FUNDAMENTOS UTILIZADOS EM SENTENÇAS JUDICIAIS*, analisamos 16 (dezesseis) sentenças judiciais exaradas por juízes de primeiro e de segundo grau de diversos tribunais do Brasil.

Estas sentenças foram obtidas por meio da *internet* – rede mundial de computadores, vez que inexistia outro meio pelo qual pudéssemos ter acesso a tais decisões judiciais. É que as decisões judiciais concernentes a este e a outros temas do direito de família estão protegidas pelo instituto do sigilo judicial, instrumento pelo qual o Estado impede a exposição indevida dos temas particulares da vida de cada um à curiosidade e opinião de todos.

Do nosso ponto de vista, é acertada a proteção do Estado à vida particular das pessoas. Contudo, a disponibilização das sentenças analisadas, provavelmente pelos próprios interessados ou com sua autorização, na rede mundial de computadores, embora possa atentar contra direitos individuais como, por exemplo, o do segredo aos assuntos familiares, tornou possível nosso estudo, vez que, não fosse a referida exposição pública das sentenças, permitindo a todos o seu conhecimento, nossa análise restaria dificultada.

Pensamos que este estudo constitui relevante tema relacionado à concretização de direitos, dos próprios direitos proclamados e prometidos pela Constituição Federal, a busca do reconhecimento dos assim conhecidos *novos arranjos familiares*, visto que a família segue sendo, senão a mais importante, ao menos a primeira e mais íntima célula social apta a proteger e possibilitar a formação dos indivíduos, enquanto pessoas singulares, titulares de direitos.

O reconhecimento destes *novos arranjos familiares*, cuja efetivação tem decorrido da interpretação e aplicação das normas principiológicas insculpidas no texto constitucional, perpassa, necessariamente, a compreensão do afeto como singular valor a pautar e concretizar a moderna noção de família.

Esta moderna noção de família, *pautada no afeto*, reflete o embate histórico – uma luta por reconhecimento de direitos - nos termos propostos por HONNETH, vez que não tem sido outro o caminho percorrido por grupos minoritários que, pelo reconhecimento de direitos, se lançam, não raro durante séculos, a conquistar seu espaço, lutando batalhas muitas vezes caracterizadas por preconceitos e incompreensões.

É bem verdade, conforme já se afirmara, que o conteúdo material do significado da afetividade, para o Direito, é extraído da noção de afeto fundado nas relações familiares. Por isto mesmo, pode-se inferir que, para além deste âmbito, o do Direito Civil, e mais

especificamente o do Direito das Famílias, o afeto ainda é sentimento humano íntimo, único, indomado e imprevisível, capaz de produzir variadas interpretações.

Sigmund FREUD entendia o afeto como sendo um fenômeno exclusivamente interno à pessoa, imerso em seu subconsciente, invisível a olho nu, incomensurável, intocável, cuja manifestação se dá pela representação de algo que é bom ou ruim; *como uma carga* – associada ao prazer, ou *como descarga*, associada ao desprazer⁸.

Para SANTOS, o afeto é o processo mental acerca da afecção do corpo, do que resultou sua afirmação de que:

(...) a essência do corpo é o *conatus*, isto é, o esforço que faz pela preservação da própria existência, visto que estamos permanentemente em luta para continuar existindo, independentemente da nossa vontade. A nossa essência é o *conatus*, a luta pela vida, de modo que o enfraquecimento, a doença, a dor e mesmo a morte não são causadas por nós; sempre têm causa externas⁹.

Também DELEUZE entendeu por indivíduo a *união entre corpo e mente* formando algo único, indissolúvel. Seu pensamento possibilitou a compreensão de que o afeto opera nos dois mundos, ou seja, o pensamento é a proposição, no campo das idéias, da ação executada pelo corpo, ambos voltados à produção de um único efeito e ambos igualmente afetados pelo resultado que necessariamente atingia e envolvia o indivíduo¹⁰.

Para Deleuze, o corpo não existia sem a alma, de modo que, se um sofria, ambos sofriam, porque eram ambos manifestações de um ser único e indivisível, pensamento que caracterizou-se como um novo paradigma.

Desta nova concepção do ser resultou a noção da união inseparável do corpo e da alma, possibilitando, assim, uma *visão mais completa de unidade e de dignidade*, já que não atribuía ao ser, ao menos ao ser livre e consciente de si próprio, a improvável capacidade de realizar sem planejar, de fazer sem pensar no que se faz, e, ainda que o fizesse, de arcar com as consequências advindas de seus atos somente com *uma das partes* de seu ser, sofrendo ora com o corpo, ora com a alma, mas nunca com ambos.

⁸ FREUD, Sigmund. **Estudos sobre a história (1893-1895)**. Coleção Obras Psicológicas de Sigmund Freud. Vol. 2. São Paulo, Imago. 2006.

⁹ SANTOS, Romualdo Baptista. **A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE : Os Laços Humanos como Valor Jurídico na Pós-modernidade**. Curitiba : Juruá, 2011, p. 53.

¹⁰ Gilles Deleuze foi um filósofo francês cuja contribuição à ciência foi, por um lado, a interpretação das idéias de outros filósofos, dentre os quais se podem citar Spinoza, Kant, Nietzsche e Foucault, seus principais inspiradores, e de artistas como Kafka e Francis Bacon; e, por outro lado, de ter estudado temas considerados ecléticos, tais como a criação de conceitos para as idéias de *diferença* e de *sentido*, vez que acreditava dever ser a criação de conceitos a principal atividade do filósofo. Maior aprofundamento está disponível em <http://www.martinsfontespaulista.com.br/anexos/produtos/capitulos/591740.pdf>

O ser humano é, portanto, o conjunto destas características que são vivenciadas e reconhecidas em sua plenitude na interação do ser com o outro e em sua integração com a natureza, vez que “(...) a afetividade desenvolve-se ao longo da vida, formatando a personalidade e projetando os seres humanos para a vida em sociedade”¹¹, e que a própria afetividade “(...) não se encerra no indivíduo, mas, ao contrário, transborda da individualidade para dar conteúdo aos relacionamentos na família, na sociedade e no meio ambiente. Ao interagir com os outros, o ser humano realiza-se como tal (...)”¹².

Investigaremos se e em que medida a experiência do reconhecimento abarcaria, inclusive da interação entre a Sociologia e o Direito, e destas com a Psicologia, a noção de afeto e de afetividade, pois, considerando-se que, como seres sencientes e moralmente independentes, somos capazes de fazer escolhas baseadas em premissas moral, cultural e emocionalmente justificáveis, do que decorre a complexidade humana na apreensão do mundo a sua volta.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, pensamos que o panorama de desigualdades e de preconceitos sociais que pretendemos demonstrar não encontra, no Direito moderno, o substrato e o amparo à perpetuação de tais comportamentos, especialmente porque o Direito, no Estado Democrático, não se presta a proteger e resguardar *apenas* os direitos assegurados às maiorias.

Compartilhamos do sentimento comum que atribui ao Direito o protagonismo para viabilizar o reconhecimento de direitos a todos, em igual medida, guardando estreito compromisso com o ordenamento jurídico a todos imposto, atribuindo-lhe, inclusive, a defesa dos valores humanos como compromisso para com todos, e não apenas com alguns, ainda que com a maioria.

Verificaremos, desta perspectiva, se é decorrente deste estado de coisas a noção que atribui ao Direito a responsabilidade de impedir a perpetuação do preconceito contra o reconhecimento do direito ao casamento por par homoafetivo, ao fundamento de que não pode ser o Direito

3. (...) ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade humana. Agora, a concepção constitucional do casamento (...) deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade (...).

¹¹ SANTOS, *op. cit.*, 2011, p. 73.

¹² *Idem*, 2011, p. 84.

6. (...), se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.¹³

E visto, neste contexto, interessa especialmente a este estudo responder às seguintes perguntas: o conjunto de valores que caracteriza uma sociedade que se pretende igualitária e não excludente pode ser reconhecido, pelo Poder Judiciário, mesmo à inexistência de legislação específica sobre temas sociais? A luta por reconhecimento de direitos dos casais homoafetivos caracterizaria uma luta legítima por reconhecimento de direitos? Caso as respostas às perguntas anteriores sejam afirmativas, quais seriam os fundamentos jurídicos a possibilitar ao Poder Judiciário o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Estas as principais perguntas a inspirar a realização deste estudo.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº . 1.183.378** – RS. Voto do Ministro Luís Felipe Salomão (Relator). Superior Tribunal de Justiça – STJ, p. 4. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249. Acessado em 15 de setembro de 2013.

1. A EXPERIÊNCIA DO PRECONCEITO

Inicialmente, importa, a partir deste ponto, ter-se em mente a diferença entre o reconhecimento e a tolerância, conceitos que, embora pareçam semelhantes, traduzem sentimentos e compreensões bastante diversas.

Reconhecer implica aceitar, considerar o outro como outro, com igual respeito ao que se tem por si próprio. Implica reconhecer a diferença, portanto, como um traço respeitável e, a partir de então, reconhecível, valorável, justificável. Reconhecer não comporta desprezo ou desvalorização da diferença e do diferente simplesmente por ser diferente. Reconhecer é conhecer de novo, compreender de outra perspectiva. Não é uma concessão: é uma legitimação, uma aceitação incondicional¹⁴.

Diferentemente, tolerar é suspender, ainda que temporária e transitoriamente, o inconformismo com a diferença do outro, mas, de modo algum, implica sua aceitação. Tolerar é fazer concessões, tácitas ou expressas, quase sempre condicionadas a pactos sociais, temporais, circunstanciais ou comportamentais específicos que, quando desrespeitados, permitem a desconsideração e a intolerância, que é o retorno ao estado anterior de confronto, de negação do outro, de desrespeito e, por consequência, de não reconhecimento.

A doutrina de MATURANA vislumbrou no amor o sentimento indispensável ao reconhecimento do outro, no que o diferiu da tolerância, pois o amor é “(...) a aceitação do outro como legítimo outro na convivência. Amor é diferente de tolerância (...); tolerância significa tão somente que a negação do outro se encontra suspensa temporariamente”¹⁵

Neste contexto, *alguns* direitos têm, de fato, sido reconhecidos aos homossexuais, em especial direitos públicos, tais como os previdenciários, decorrentes do recente reconhecimento social e jurídico, primeiro das parcerias civis, inicialmente equiparadas à sociedades de fato, à exemplo das sociedades mercantis; posteriormente, das uniões estáveis, em sintonia com as *novas* modalidades de família cujo reconhecimento fora determinado pelos ordenamentos jurídicos de diversos países e que, deste modo, se refletiram nos ordenamentos civis e, ainda mais recentemente, e em pouquíssimas Nações, o direito ao casamento civil, ainda não reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O reconhecimento do direito ao casamento civil é o tema principal deste estudo, intrigante aspecto do Direito a mover vários estudiosos neste sentido, assim como nos move,

¹⁴ MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na educação e na política. 4 reimp. Tradução de José Fernando Campos Fortes.** Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 93.

¹⁵ *Idem*, 2005, *loc. cit.*

cujos fundamentos são a própria Constituição da República, seus princípios orientadores, em especial o da igualdade que, conforme teoria desenvolvida por ÁVILA, ultrapassa a categoria de mero princípio, devendo mesmo ser considerado como *postulado normativo*, questão que será tratada em momento oportuno, neste estudo.

Importante frisar que *não se está a tratar de união estável homoafetiva*, tema sobre o qual a Suprema Corte brasileira já se manifestou¹⁶. O tema que nos move é o reconhecimento do direito ao *casamento civil homoafetivo*.

A união afetiva duradoura, pública, com fins de formação de família, entre pessoas do mesmo sexo, também denominada como *união homoafetiva*¹⁷, é, na atualidade, a exemplo das uniões heterossexuais, uma realidade social incontestável. Não que no passado tal fato social inexistisse. A história ensina que tais uniões sempre existiram e, na atualidade, não é possível negá-las.

No Brasil, o tema das uniões homoafetivas e sua história foi e tem sido objeto de reiterada análise acadêmica, o que possibilita atestar sua contemporaneidade, bem como afirmar tratar-se de tema que ainda inspira investigações acerca de seus reflexos na vida social, política e jurídica do país.

A respeito do reconhecimento de que o fato social não é novo entre nós, já observara BARROSO¹⁸ que: “(...) No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum (...)”

Sentimento semelhante é expresso por SARMENTO que, analisando o tema e sua história, concluiu que:

(...) Embora as parcerias amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da Humanidade, é certo que com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, ADI nº 4277 e ADPF nº 132, Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, 2011.

¹⁷ Termo cunhado por Maria Berenice Dias, na obra: **União homossexual: o preconceito & a Justiça**. 2 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. Também encontrado, e explicado, por Rosendo Freitas de Amorim, no artigo: **Matrimônio, família e a condição dos homossexuais: reflexões à luz do direito constitucional**: “A realidade das uniões estáveis homossexuais contribuiu para a emergência do conceito de Homoafetividade. Há fortes evidências de que a expressão tenha sido criada pela desembargadora Maria Berenice Dias (2001), significando a existência de vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, constituindo essa afetividade a base das uniões estáveis homossexuais (CHILETTO, 2007)”, in POMPEU, Gina Marcílio e SCAFF, Fernando Facury (Org.). **DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional**. Fortaleza. UNIFOR, 2013, p. 48.

¹⁸ BARROSO, Luis. **Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil**, in: SARMENTO, D.; IKAWA, F. e PIOVESAN, F. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. *Lumen Iuris*, 2010, p. 661.

publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos profundos, estáveis e duradouros¹⁹.

Com amparo nestes textos, é possível afirmar-se que a união entre pessoas do mesmo sexo *não é*, de fato, uma novidade dos tempos modernos. Ao contrário, tais uniões já eram comuns e aceitas social e juridicamente desde tempos pretéritos, o que se pode depreender do ensinamento de ESKRIDGE que, estudando as relações homoafetivas - em especial o casamento – em culturas antigas, já havia percebido que:

Há fortes evidências demonstrando a existência de uniões (de pessoas) do mesmo sexo, incluindo casamentos legalmente reconhecidos, nas culturas nativa americana, africana e asiática, evidências que são especialmente notadas em períodos anteriores à dominação destas culturas pelos europeus ocidentais. (Livre tradução)²⁰.

Ainda que se possa afirmar terem sido comuns desde a antiguidade, as uniões homoafetivas, em especial os casamentos, possivelmente por razões de ordem religiosa e política, foram sendo esquecidas, desencorajadas e mesmo proibidas nos ordenamentos jurídicos. Baseadas no afeto, e na consciência moral de cada um – resultante das variáveis históricas culturais e pessoais que culminam na singularidade de cada ser - tais uniões, pelas razões descritas, foram sendo, também e principalmente, mais do que simplesmente desencorajadas e desestimuladas. Elas foram sendo proibidas e penalizadas.

Destacamos, por oportuno, a existência de decisões judiciais que, sendo contrárias ao reconhecimento sociojurídico das uniões homoafetivas, tornaram legítimos e lícitos os argumentos a elas contrários, disseminando preconceitos e viabilizando a confusão entre a norma civil, mesmo que inespecífica, e a religiosa, contrária ao casamento homoafetivo.

Exemplifica a afirmação anterior, impregnada pelo preconceituoso entendimento da igreja e assumindo para si esta posição religiosa, a Decisão da Corte Federal da Califórnia, no caso *Adams X Howerton*, (F. Supp., 1119 - Cal., 1980) comentado por ESKRIDGE :

A corte federal, em *Adams X Howerton*, fez apenas uma definição ligando “casamento” à moral judaico-cristã. A definição de casamentos, os direitos e reponsabilidades implícitos neste relacionamento e a proteção e as preferências garantidas aos casamentos são agora regidos pela lei civil. A lei civil inglesa retirou suas atitudes e princípios básicos da lei canônica. A lei canônica, em ambos Judaísmo e Cristianismo não poderia sancionar casamentos entre pessoas do mesmo sexo decorrentes de tal relacionamento homossexuais. Deste modo tem havido por séculos

¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais.** *in op. cit.*, p. 619.

²⁰ ESKRIDGE, William N. Jr. *A History of Same Sex Marriage (1993). Faculty Scholarship Series. Paper 1504.* http://digitalcommonlaws.yale.edu/fss_papers/1504. P. 1453. Acessado em 19 de outubro de 2012.
No original: *There is a strong evidence demonstrating the existence of the same-sex unions, including legally recognized marriages, in Native American, African, and Asian cultures, evidence which is especially striking prior to those cultures domination by Western Europe (...).*

a combinação entre as escrituras e os ensinamentos canônicos para os quais o “casamento” entre pessoas do mesmo sexo era impensável e, por definição, impossível. (Livre tradução)²¹.

Contudo, a despeito da posição da igreja, há inúmeros países onde o casamento homoafetivo é reconhecido e regulado pela lei civil, tema que fora comentado por SARMENTO: “De fato, há atualmente casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, na África do Sul e nos Estados norte-americanos de *Massachusetts*, e *New Jersey*”. É também deste autor o ensinamento de que o direito ao casamento homoafetivo está reconhecido, seja pela via da legislação, seja pela atuação das Cortes Constitucionais, na Suécia, Finlândia, Noruega, Islândia, Portugal, França, Espanha, Mônaco, Andorra, Reino Unido, Croácia, Eslovênia, Suíça, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Argentina e Uruguai²².

No Brasil, conforme já assinalado, o aludido direito não está reconhecido, nem resulta de aplicação extensiva do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal – STF -, quando do julgamento conjunto das mencionadas **ADI nº 42772**²³ e **ADPF nº 132**²⁴, cujo escopo foi o reconhecimento da *união estável homoafetiva* como modalidade de entidade familiar.

O casamento, instituto que em diversos e relevantes aspectos sociais e jurídicos se diferencia da união estável, não é direito dos casais homoafetivos, senão pela incerta via dos entendimentos individuais de cada juízo, vez que inexistente legislação específica, nem entendimento jurisprudencial, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

²¹ ESKRIDGE, 1993, *op. cit.*, p. 1429. No original: “*The federal court in Adams X Howerton made just such a definitional argument by linking it to traditional Judeo-Christian morality “The definition of marriages, the rights and responsibilities implicit in that relationship, and the protection and preferences afforded to marriages, are now governed by the civil law. The English civil law took its attitudes and basic principles from canon laws. Canon law in both Judaism and Christianity could not possibly sanction any marriages between persons of the same sex because of the homosexual relationships. Thus there has been for centuries a combination of scriptural and canonical teaching under which a “marriage” between persons of the same sex was unthinkable and, by definition, impossible”*”.

²² ESKRIDGE, 1993, *op. cit.*, pp. 628 e 629

²³ Trata-se de **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)** proposta pela Procuradoria-Geral da República, com o objetivo de que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e, (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

²⁴ Trata-se de **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)** proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, cujo descumprimento resulta da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19, e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual, e de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ - publicou Resolução²⁵ por meio da qual determinou aos cartórios a realização do *casamento homoafetivo*, à luz do entendimento esposado pelo STF, no já mencionado julgamento conjunto das ações constitucionais. Contudo, a resolução do CNJ não possui força de lei, vez que não foi atribuída àquele Conselho qualquer competência legislativa federal, mormente sobre temas de direito civil cuja competência, conforme determina o artigo 22 (vinte e dois) da Constituição da República, é privativa da União²⁶.

Por esta razão, a da inexistência de legislação específica ou de súmula vinculante sobre a matéria, todas as decisões que reconhecem o direito ao casamento por par homoafetivo são resultado do entendimento dos juízes e estão submetidas ao sistema recursal brasileiro.

No Brasil, onde a lei é a fonte primária do direito, a citada resolução não alcança todos os fins hábeis à diminuição do preconceito sofrido pelos casais homoafetivos, de modo que, na prática, cada juízo, cada órgão do Poder Judiciário mantém intacto seu direito de exarar entendimento sobre o tema, o que é feito, muitas vezes, em desprestígio ao reconhecimento do direito pleiteado pelos casais homoafetivos.

Tais decisões mantêm os referidos casais numa *categoria* de pessoas às quais nem sempre são respeitados ou reconhecidos todos os direitos fundamentais prescritos pela Constituição Federal, em especial, no que pertine a este estudo, o da isonomia de tratamento e o da igualdade, cujos reflexos afetam a concretização da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, é inegável a lacuna de direitos que restam ser reconhecidos aos casais homoafetivos, dentre os quais elencamos, exemplificadamente, o direito à igualdade e a ao tratamento isonômico, vez que, nos termos da Constituição da República, *todos são iguais perante a lei, sendo vedada a discriminação por razões de idade, raça, religião, sexo – e consequente orientação sexual*.

A própria Organização das Nações Unidas – ONU, por seu Conselho de Direitos Humanos, editou Resolução pela qual determinou aos estados-membros a elaboração de estudos que identifiquem, em seus territórios, a edição de leis discriminatórias ou de práticas

²⁵ A **Resolução 175**, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, dispõe sobre a habilitação e celebração do casamento civil, ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, este diploma normativo se aplica exclusivamente aos cartórios, não obrigando a nenhum órgão do Poder Judiciário, vez que, como Resolução emanada do CNJ, não possui eficácia de lei.

²⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil**. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I. direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (...)”.

de violência contra indivíduos, decorrentes de seu gênero ou de sua orientação sexual, a fim de que leis internacionais de direitos humanos pudessem ser utilizadas para coibir tais atos.²⁷

A falta de tratamento igualitário acarreta, dentre outras experiências, a do preconceito. Também caracteriza desprezo, desrespeito e desconsideração, traços que, quando interligados, integram o núcleo do comportamento sociopsicológico conhecido como preconceito, incômodo comportamento humano que sobrevive nas sociedades e que alimenta, em muitos, o equivocado sentimento de superioridade de uns em relação aos demais.

Em sua obra *Preconceito, indivíduo e cultura*, CROCHIK discorre sobre a origem, o fundamento e o significado do termo, indicando, já desde a introdução, que o entendimento do preconceito exige a compreensão de diversas áreas do conhecimento, inclusive porque o fenômeno, “(...) aquilo que leva o indivíduo a ser ou não ser preconceituoso pode ser encontrado no seu processo de socialização, no qual se transforma e se forma como indivíduo”²⁸.

Assim, a manifestação do preconceito vai variar de intensidade e grau, dependendo da história de vida do preconceituoso, sendo possível aceitar ser seu processo de socialização, *i.e.*, o resultado das experiências psíquicas, afetivas, culturais e morais o responsável pelo maior ou menor grau de preconceito que uma pessoa vai possuir e externar em relação à outra ou a determinado grupo, de modo que concordamos com a afirmação que sustenta que a manifestação do preconceito é sempre uma atitude individual moralmente pensada pelo preconceituoso²⁹.

É que, no processo para tornar-se indivíduo, a socialização da pessoa é sempre o resultado dos seus afetos, de suas experiências com o prazer e com a dor, com a alegria e a tristeza, bem como de sua interação com as variantes socioculturais do contexto que a envolve. Essa interação pode, então, ser compreendida como relevante elemento formador da personalidade, pois se reflete no indivíduo tanto em função do desenvolvimento singular de cada um quanto da luta por sobrevivência que, em seu estado social, pode significar a preservação do seu *status quo*.

É assim que o preconceito surge como resposta aos inevitáveis conflitos da luta social e individual, caracterizada pela formação da consciência singular e grupal que anseia mais pela autopreservação – manutenção do seu *status* social – do que pela reflexão do indivíduo

²⁷ A/HRC/RES/17/19. *Human rights, sexual orientation and gender identity Resolution, adopted by the Human Rights Council – Seventeenth Session* – (A/HRC/17/2), chap. I, UNO- GE, New York, 2011. Disponível em www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx, acessado em 05/09/2013.

²⁸ CROCHIK, José Leon. *Preconceito, indivíduo e cultura*. 3. ed. São Paulo : Casa do Psicólogo, 2006, p. 13.

²⁹ *Idem*, 2006 , p. 13.

enquanto ser singular. Esta luta é, então, o *locus* físico e ideal onde são travadas as batalhas formadoras – ou repetidoras - das pessoas, haja vista que a ninguém – ao menos do ponto de vista da formação do eu singular verdadeiro, que inoocorre sem o palco destes conflitos, internos e externos - é dada a condição para tornar-se indivíduo singular sem que haja experimentado e vivido os conflitos da vida.

É relevante anotar que o preconceito diz mais sobre o preconceituoso do que sobre o próprio preconceito, pois este é sua *representação*, é a leitura, o modo como a pessoa entende e rechaça o alvo (do preconceito), do que resulta a idéia de que cada preconceituoso faz deste alvo, *i.e.*, do motivo do seu preconceito, uma leitura única, singular, que pode variar inclusive em relação às interpretações feitas pelas demais pessoas que pertençam ao mesmo grupo social, também preconceituosas. Por isso, cada preconceituoso manifesta seu preconceito de modo singular, do que decorre a noção de que o alvo do preconceito, de qualquer preconceito, é sempre percebido de modo singular e distinto, por pessoa, o que conduz à noção, de que, no limite, todo preconceito é único, porque únicas as pessoas e seu modo de enxergar e reagir ao mundo e suas interações.

Por estas razões, concordamos com a idéia de que é impossível estabelecer conceito unitário acerca do preconceito, vez que seus elementos se situam entre variáveis constantes “que dizem respeito a uma conduta rígida frente a diversos objetos”, e inconstantes, “relativas às necessidades específicas do preconceituoso”, podendo ser representadas por distintas percepções e interpretações acerca dos mesmos objetos³⁰.

Pensamos, ainda, que a relação entre o indivíduo e a sociedade constitui o fundamento do preconceito, haja vista o entendimento, socialmente relevante, de que a repetição de um mesmo comportamento (social) se relaciona com estereótipos oriundos da cultura na qual o preconceituoso está imerso, *i. e.*, os estereótipos são dados pela cultura, pela sociedade, e os preconceituosos deles se apropriam para neles enxergar o que imediatamente os interessa e o que justifica exatamente os seus preconceitos³¹.

É desta perspectiva que podemos concluir que as *idéias-alvo* dos preconceitos podem não ser originais ou genuínas, e não raro não o são. A interpretação que cada preconceituoso fará do alvo do seu preconceito dependerá, neste sentido, de uma gama de relações que só ele poderá tecer de modo que, então, só ele poderá interpretá-las, vindo, assim, a construir uma visão genuinamente sua, particular, através da qual desenvolverá seu singular discurso de repúdio ao alvo.

³⁰ CROCHIK, 2006, *op. cit.*, p. 14.

³¹ *Idem*, 2006, p. 14

Esse comportamento demonstra, também, que a interpretação que o preconceituoso faz do alvo do seu preconceito é, a um só tempo, singular e incompleta, por não dizer respeito a toda a verdade sobre o alvo. Esta interpretação é, *i*) resultado das relações que *aquela pessoa singular* estabeleceu com o alvo do preconceito, e *ii*) que este alvo é compreendido através do processo de socialização vivido por *aquela único indivíduo*.

Considerando-se que “as formas, os instrumentos e os conteúdos pertencem à cultura, o que significa que a relação entre os indivíduos é sempre mediada por aquela e que, portanto, o indivíduo é fruto dessa mediação”³², podemos inferir que inexistente singularização do indivíduo sem a vivência do processo cultural, embora a cultura, a mesma cultura, e os eventos naturais da vida em sociedade, influenciem o desenvolvimento dos indivíduos.

Então, não é incorreto afirmar-se que o indivíduo é produto imediato da cultura do seu tempo; e que este (indivíduo) dela (cultura) se diferencia pela interpretação que faz dos eventos da vida e que, ainda que se diferencie da cultura, o indivíduo tende a reproduzi-la, inclusive porque desconhece *outra* realidade. Mesmo quando a pessoa sofre com os eventos da vida, ainda assim estes são os eventos da vida e não há como mudá-los. Ou seja, não é a dor ou o prazer na experimentação de um fato da vida que nos proporciona viver, por opção, somente aqueles fatos que desejamos viver. A vida não nos oportuniza esta escolha e temos, ao longo da história, que nos relacionar com os eventos naturais no tempo e da forma como estes acontecem.

Do ponto de vista deste estudo, os *eventos relacionados à atuação humana* ou que dela decorrem, como os psíquicos – a exemplo dos sentimentos de *alegria e de tristeza, de prazer e de dor* - bem como aqueles decorrentes da vida em sociedade, estão diretamente relacionados à atuação humana, seus anseios, sua representação do mundo dado em contraposição ao mundo ideal³³.

O modo como o homem atua no mundo é determinante para a construção de uma identidade que o relacione aos eventos que desconhece, mas que consegue antever e até pressupor.

Desta perspectiva, o homem construiu sua própria história e é, na leitura que se faz da história enquanto narrativa do passado, que construímos e alteramos, sempre do nosso modo, o mundo que idealizamos. O indivíduo possui, portanto, esta singular capacidade de elaboração, de representação do que pode *vir a ser* o seu futuro e é, em boa medida, o

³² CROCHIK, 2006, *op. cit.*, p. 15

³³ *Idem*, 2006, p. 15.

resultado desta representação, quando refletida, que pode incliná-lo a aceitar e até mesmo desejar conhecer e experimentar o desconhecido.

Também é resultado desta experiência o receio de fragilizar o grupo ao qual pertence e do qual decorre, o que indica que o homem é, a um só tempo, um ser que pode se voltar tanto para a perpetuação dos comportamentos conhecidos e preservacionistas quanto lançar-se na descoberta e na reflexão do desconhecido.

O que define a vocação humana é a cultura onde o indivíduo está inserido e, em larga medida, sua disposição para o novo. Entretanto, nem sempre é possível determinar como cada indivíduo vai atuar na sociedade, porque isto depende de sua interação com o mundo, o que o faz por meio da integração ou da negação de sua própria cultura, no seu tempo.

Quando o indivíduo não se reconhece na própria cultura e contra ela se rebela, resta claro que “coloca a possibilidade da cultura em risco”. Quando, ao contrário, dela não se diferencia de modo algum, tende apenas a repeti-la e a perpetuá-la. A primeira causa desconforto permanente e impossibilita qualquer reconhecimento, qualquer relação entre o indivíduo e a sua cultura, ao passo que a segunda causa estagnação, repetição e impede o avanço das culturas.

Ambas as situações são indesejáveis e em nenhuma delas é possível admitir qualquer nível de autonomia de consciência e de espontaneidade da experiência, razão porque se admite que, em qualquer destas situações, “o terreno está semeado para o desenvolvimento de preconceitos”³⁴.

Assim, entendemos que o preconceito resulta desta incapacidade de experimentar os *novos* objetos presentes na cultura em que se nasce e que são disponibilizados pela vida em sociedade. É na negativa de experimentação e na preventiva reação adversa à tais objetos novos que estes são compreendidos, *i. e.*, são equivocadamente *interpretados* pela ótica de outros que os tenham experimentado anteriormente. Por isso, diz-se que não são propriamente interpretados, mas apenas incorporados ao repertório individual como sendo algo que tenha sido experimentado e refletido, sem, na verdade, sê-lo.

O preconceito surge sempre que imitamos ou, mesmo não imitando, tomamos como verdadeira premissa as sensações experimentadas por outros, como únicas possíveis, o que desafia a verdade. Cada um de nós terá com o objeto social – seja ele um relacionamento, ou mesmo um simples encontro -, uma sensação única, que pode variar entre o prazer e a dor, a

³⁴ CROCHIK, 2006, *op. cit.*, p. 15.

alegria e a tristeza, mas que só será, de fato, singular e, principalmente, verdadeira, se resultar das nossas expectativas e da nossa história.

Também releva ressaltar que, ainda que se permita um relacionamento único ou singular com o objeto social, se nossa visão preconcebida da realidade interferir sobremaneira no modo como interagimos com a novidade, então a própria sensação estará comprometida. O preconceito resulta também dessa premissa: a de que estamos sempre vivenciando um objeto pela (re) interpretação, ainda que na nossa vivência, a interpretação seja ou pareça ter sido genuína.

Concordamos com CROCHIK no sentido de que a reflexão e a experiência genuínas são o caminho apto a impedir o preconceito, pois *tudo que é concebido previamente não é, de fato, experimentado ou refletido*. Se não há percepção genuína, então não há interpretação verdadeira.³⁵

É exatamente isto que ocorre com o preconceito que é, grosso modo, o resultado da experiência previamente concebida: não se vive o fato; vive-se do que se pensa e do que se diz dele e tanto a *anterioridade* quanto a *alteridade* da experimentação impede qualquer reflexão genuína³⁶.

Com estas premissas é possível desenvolver a noção de que *a marca do preconceito é a ação irrefletida, repetida, copiada, previamente demarcada* e, neste aspecto, efetivamente é “uma reação congelada, assemelha-se à reação de paralisia momentânea que temos frente a um perigo real ou imaginário”³⁷.

Partindo-se destes fundamentos, entendemos suficientemente caracterizado o prejuízo moral e social decorrente da reação preconceituosa com que a sociedade reage às uniões homoafetivas, em geral, e ao casamento civil homoafetivo, em particular, refletindo elevado grau de preconceito, apto a causar dor, vergonha e humilhação, bem como a caracterizar e demonstrar o desprezo e desmerecimento social pelos homossexuais, fatos que o direito não pode albergar nem tampouco legitimar.

Não se trata exclusivamente do preconceito em relação à homossexualidade, mas também dele diretamente decorrente,

quando, frente a uma pessoa (*homossexual*)³⁸ que apresenta particularidades que rompem com nossa percepção usual do que é uma pessoa no cotidiano, temos que

³⁵ CROCHIK, 2006, *op. cit.* p. 16.

³⁶ *Idem*, 2006, p. 16.

³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁸ O termo *homossexual* não consta da passagem, no original, mas a ela foi acrescida para ilustrar o tipo de preconceito que estamos, neste ponto, tentando demonstrar. Isto porque entendemos que o conteúdo material do texto serve para caracterizar *qualquer* tipo de preconceito que é, segundo o autor, uma reação irrefletida sobre as

disfarçar o susto ou justificá-lo para desculpar nossa reação. Às vezes essa reação assume a forma de um exagero de aceitação e fazemos de tudo para que a pessoa em questão, ou para que as pessoas responsáveis por ela não percebam a nossa alteração. (...).

A outra forma que assumimos frente à pessoa estranha é a da rejeição, no sentido de não lhe darmos nenhum valor ou, então, um valor preconcebido, segundo o qual ela não merece a nossa atenção por ser inferior a nós, o que, em certos casos, leva à idéia fascista de eliminá-la (...) ³⁹.

Releva ressaltar que a luta dos homossexuais por reconhecimento de direitos, não apenas, mas também do direito ao casamento civil, entidade familiar baseada no afeto, fundamenta-se em princípio constitucional, neste trabalho elevado à categoria de Postulado Normativo, nos moldes da Teoria dos Princípios⁴⁰ desenvolvida por ÁVILA.

A par desta teoria, não é possível considerar que o próprio texto constitucional impede a desigualdade das pessoas ⁴¹, ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assinalado pelos sistemas normativos vigentes ⁴².

Ressalte-se que, à luz do recente reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não restou reconhecido. Reconheceu-se, com base no texto constitucional, *apenas* a união estável⁴³, fato que se caracteriza como fonte de preconceitos, porque mitiga direitos e diferencia pessoas, com base em sua orientação sexual.

Parece-nos acertado verificar que, assim demonstrado, o preconceito, fruto de irrefletidos estereótipos, é apto a diminuir, desvalorizar, desproteger, desrespeitar e humilhar

variáveis interativas da vida em sociedade. Não discordamos do autor, entretanto, como desejamos tratar do casamento homoafetivo, buscamos, a partir deste ponto, irradiar o conteúdo do texto ao tema específico.

³⁹ CROCHIK, 2006, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁰ AVILA, 2013, *op. cit.*

⁴¹ A Igualdade, enquanto valor humano inderrogável, é princípio constitucional insculpido no *caput* do artigo 5º e sua inobservância ou descumprimento é, portanto, inconstitucional.

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed., MALHEIROS EDITORES, São Paulo. 2013, p. 10.

⁴³ Esta foi a interpretação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, feita pelo STF, quando do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132. Contudo, é sabido que a Suprema Corte não se pronunciou sobre a norma ínsita à segunda parte do citado dispositivo legal: “(...) devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Acredita-se que a omissão buscou preservar a competência legislativa do Congresso Nacional, poder estatal incumbido de elaborar as leis; contudo, a omissão legislativa acabou por acarretar a desproteção do Estado, inviabilizando, inclusive, a adoção de políticas públicas que visem a impedir o arrefecimento e a perpetuação de preconceitos injustificados e ilegais contra os homossexuais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132**. Tribunal Pleno, 05 de maio de 2011. Publicado no DJE-198, em 14 de outubro de 2011. Ement. Vol. -02607-03, pp.-00341.

a família que se forma pela união de pessoas do mesmo sexo que, para todos os efeitos legais, e que, do nosso ponto de vista, poderia, senão deveria, receber, da lei, tratamento igualitário, mas que, de fato, especialmente neste aspecto, não recebe e que, tampouco, recebe do Estado o reconhecimento e a proteção devidos.

Esta realidade caracteriza *desvalor da união homoafetiva* apto a malferir os princípios da igualdade e da isonomia, cujas implicações podem se refletir na concretização da dignidade da pessoa humana.

Pensamos que a família, independentemente do modo como tiver sido constituída, e desde que formada com base no *afeto*, merece a proteção do Estado e o tratamento digno e igualitário prometido pela Constituição Federal. Mas, não se trata, apenas, de uma questão de verificação da compatibilidade *ideal* de direitos fundamentais com os direitos de família.

Trata-se, pensamos, da concretização de direitos subjetivos, dentre os quais a Constituição da República elencou, como fundamental, o direito a constituir família, não sendo lícito elencar *quais* modalidades de família poderiam titularizar direitos – e a conseqüente proteção do Estado - em face de *outras* modalidades que destes (reconhecimento de direitos) pudessem ser excluídas.

É de se considerar que, desta perspectiva, a Constituição Federal reconheceu, por decorrência lógica do conteúdo principiológico da norma constitucional, como entidade familiar, o núcleo formado, *também*, por pessoas do mesmo sexo, porque qualquer exclusão preconceituosa da família, cujo núcleo se forma a partir do afeto entre homossexuais, representaria abrigo e legitimação de preconceitos, facilitando a criação de *subespécies* de pessoas, o que, por certo, o ordenamento jurídico veda.

Nesta perspectiva, entendemos que qualquer discussão que se pretenda mais aprofundada nas bases da legislação constitucional e civilista apontará as conseqüências deste preconceito. *Prima facie*, poder-se-á afirmar que a inobservância da obrigatoriedade de tratamento igualitário às pessoas, como forma de desprestígio de sua dignidade, é inconstitucional, além de injusta.

A igualdade é, então, premissa básica, fundamental e essencial ao pleno exercício da cidadania em qualquer sociedade democrática de direito. Resguardada a plenitude deste direito, sobreviriam os demais.

Parece razoável, portanto, a observação de que às pessoas que, historicamente, apenas com fundamento em sua orientação sexual, tiveram seu relacionamento afetivo considerado à margem do reconhecimento social e jurídico, não resta alternativa além do recurso à justiça.

Não é, desta perspectiva, apenas a ausência de lei que regulamente o casamento homoafetivo o fato ensejador do desrespeito e da desigualação entre cidadãos: anote-se, também como fator de estímulo ao preconceito contra pares homoafetivos, a incontornável necessidade da petição ao Poder Público, cujo fim é o de obter, mediante decisão judicial, o reconhecimento de direitos buscado pelos casais homoafetivos.

Vistos, assim, a partir da ótica que o preconceito estabelece, pode-se afirmar que, em contraposição ao grupo de cidadãos brasileiros que nasce com seus direitos garantidos e reconhecidos – os heterossexuais, existe *outro* grupo de pessoas que, considerado sob a perspectiva deste estudo, possui, como fator de diferenciação, orientação homossexual, aparentemente apenas por isto e desde o momento em que exercita sua orientação sexual, passa a experimentar o desrespeito, desprezo e humilhação social, fato que, do ponto de vista do princípio da igualdade, viola direitos fundamentais.

Quanto à união estável homoafetiva, parece suficientemente demonstrado que, após o julgamento das mencionadas ações constitucionais⁴⁴ julgadas pelo STF, o Poder Judiciário, vinculado à decisão, bem como os demais Poderes da República, pouco têm reagido contra o reconhecimento deste direito incorporado à vida social.

Considerada a omissão tanto legislativa quanto jurisprudencial vinculante, o casamento civil constitui inegável fator de desigualação entre casais hetero e homoafetivos, vez que a estes últimos não resta alternativa que não seja o pedido de reconhecimento ao Poder Judiciário.

Caracterizada a diferença no tocante ao reconhecimento de direitos, pela via da omissão, tem-se que o Estado não apenas deixa de proteger os homossexuais, mas igualmente o desrespeita e humilha, obrigando-os a buscar na justiça direitos que integram o rol de direitos de personalidade que, no caso específico deste estudo, representa o direito de amar quem quer que seja e de, amando, constituir família protegida pelo Estado.

O preconceituoso busca defender o seu preconceito com os *valores* do que chama de *tradição*. Busca, também, nos *cânones religiosos* e na *superada noção de família* - cuja base se assentava na procriação - as razões que supostamente justificariam a manutenção de seu preconceito e, por conseguinte, bastariam para impedir o reconhecimento de direitos subjetivos às minorias. Entretanto, nenhuma destas razões justifica a manutenção do preconceito.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ADPF 4277 e ADI 132**, *op. cit.*

A tradição – conjunto de práticas e comportamentos, normalmente regidos por regras de natureza ritual ou simbólica, tacitamente aceitos por um grupo cuja finalidade é inculcar certos valores e normas de comportamento pela repetição⁴⁵, não é razão idônea a justificar a manutenção de preconceitos, especialmente se observada pela ótica do reconhecimento e da proteção legal de direitos fundamentais que é característica do nosso tempo e das nossas sociedades. E mesmo que, desconsiderando esse traço comum às sociedades democráticas contemporâneas, se pudesse justificar a manutenção do preconceito pela via dos fatos históricos, perspectiva fundamental à construção do conceito de tradição, ainda assim a manutenção do preconceito se mostraria inviável. Há provas de que o reconhecimento do casamento homoafetivo remonta aos primórdios da civilização.

We'WHA foi um importante líder cultural e político da Comunidade Zuni, no final do século XIX, de tal modo que serviu de emissário da nação indígena do sudoeste americano em Washington, DC. Foi o membro mais forte, mais sábio e mais conceituado de sua comunidade. Ele era um “*berdache*”, um macho que se vestia em trajes femininos. Este homem era reverenciado nos círculos Zuni por sua suposta conexão com o sobrenatural, o mais presenteado deles, chamado de “*lhamana*”, líder espiritual. *We'WHA* foi o “*lhamana*” Zuni mais celebrado do século XIX. Ele era casado com um homem.

Ifeyinwa Olinke viveu igualmente no século XIX. Era uma saudável mulher da tribo Igbo, situada ao leste da Nigéria. Era uma mulher diligente em uma comunidade onde a maioria das oportunidades empresariais eram apreendidas por mulheres, que vieram a controlar grande parte da riqueza da tribo. *Ifeyinwa* ofuscou socialmente seu marido, menos próspero. Como um sinal de sua prosperidade e posição social, *Ifeyinwa* se tornou “marido” de outras mulheres. Seu epíteto informa que ela possuiu nove esposas.

Sergius e *Bacchus* eram soldados romanos que viveram no século IV. Eram amantes. Contudo, por sua fé cristã, foram perseguidos pelos romanos. *Bacchus* foi torturado até a morte pelos intolerantes romanos. De acordo com a tradição cristã, a fé de *Sergius* vacilou com a morte de seu amante e só retornou quando *Bacchus* apareceu-lhe numa visão e implorou: “sua recompensa serei eu”, o que significaria que o casal se reuniria no céu e, assim, *Sergius* deveria manter sua fé. *Sergius* manteve a confiança e, como seu companheiro, morreu como mártir. Durante a idade média, a relação entre *Sergius* e *Bacchus* era considerada um exemplo de casamento, ou matrimônio baseado no amor ágape e no mútuo respeito.⁴⁶(Tradução livre).

⁴⁵ ROBSBAWN, Erik; RANGER, Terence. *The invention of tradition*. Cambridge University Press, 1983, p. 1. Interpretação decorrente do texto original, em Inglês, “(...) tradition is taken to mean a set of practices, normally governed by overtly or tacitly accepted rules and of a ritual or symbolic nature, which seek to inculcate certain values and norms of behavior by repetition (...)”.

⁴⁶ ESKRIDGE, William N. Jr. *A History of Same Sex Marriage (1993)*. Faculty Scholarship Series. Paper 1504. http://digitalcommonlaws.yale.edu/fss_papers/1504, p. 1419. Acessado em 19 de outubro de 2013.

O texto original, em Inglês, é o seguinte: “*We'WHA* was a key cultural and political leader in the Zuni community in the late nineteenth century, at one point serving as an emissary from that southwestern Native American nation to Washington, D.C.’ He was the strongest, wisest, and most esteemed member of his community. And he was a berdache, a male who dressed in female garb. Such men were revered in Zuni circles for their supposed connection to the supernatural, the most gifted of them called lhamana, spiritual leader. *We'WHA* was the most celebrated Zuni lhamana of the nineteenth century. He was married to a man.

No tocante aos cânones religiosos, a moral estabelecida pela crença e temor da divindade tampouco basta para justificar a manutenção de preconceitos.

Maria Berenice Dias, escrevendo sobre união homoafetiva, já observara que:

o preconceito e a justiça que vem precipuamente das religiões o maior preconceito contra os homossexuais, responsáveis pelo entrelaçamento das idéias de cultura e religião, resultando na censura do que chamou de “pecados da carne”⁴⁷.

Anote-se que a decisão da Igreja Católica, tomada no III Concílio de Latrão, ocorrido em 1179, criminalizou a homossexualidade, fato que, embora severo em si mesmo, não surpreendeu, vez que:

(...) as origens canônicas do modelo patriarcal, monogâmico e heterossexual adotado pelo direito de família vigente no Brasil, (...) país historicamente muito influenciado pela tradução cristã, e o ordenamento jurídico deixou-se, ao longo dos tempos e até os dias de hoje, permear por influências culturais, religiosos e sociais de raízes judaico-cristãs, especificamente a vertentes católica e européia⁴⁸.

À época inexistia possibilidade de aceitação, quiçá de reconhecimento de relações baseadas exclusivamente ou primordialmente no afeto, cuja finalidade não fosse a procriação e o aumento da prole, ideal que se reflete na norma do Cânone 1.055 - § 1º:

O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevados à dignidade de sacramento”, cuja ênfase consiste exatamente na definição de matrimônio como sendo instituto cuja índole natural seja unicamente a formação de patrimônio dos cônjuges e

Ifeyinwa Olinke lived in the nineteenth century, as well. She was a wealthy woman of the Igbo tribe, situated in what is now Eastern Nigeria. She was an industrious woman in a community where most of the entrepreneurial opportunities were seized by women, who thereby came to control much of the Igbo tribe's wealth. Ifeyinwa socially overshadowed her less prosperous male husband. As a sign of her prosperity and social standing, Ifeyinwa herself became a female husband to other women. Her epithet "Olinke" referred to the fact that she had nine wives.

Sergius and Bacchus were Roman soldiers who lived in the fourth century. They were male lovers. Yet it was for their Christian faith that they were persecuted by the Romans. Ultimately, Bacchus was tortured to death by the intolerant Romans. According to Christian tradition, Sergius' faith faltered with the death of his lover, only to return when Bacchus appeared to him in a vision and implored, "Your reward will be me," meaning that the couple would be reunited in heaven should Sergius maintain his faith. Sergius kept faith and, like his mate, died a martyr. During the Middle Ages, the relationship of Sergius and Bacchus was considered an exemplar of companionate marriage, or marriage based upon agapic love and mutual respect “.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 4. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 37-38.

⁴⁸ SOUZA, Alécio Pereira de. **Casamento entre pessoas de mesmo sexo. Breves considerações acerca da viabilidade constitucional da positivação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3253, de 28 de maio de 2012. <Disponível em: <http://jus.com.br/Revista/texto/21881>>. Acessado em 26 de jun., 2012.

a geração e educação da prole⁴⁹.

Observe-se, por oportuno, que a noção de casamento como entidade protegida por Deus, baseada na procriação e no aumento da prole, nos termos bíblicos, referência do pensamento religioso clássico e medieval, é também corroborada pela norma contida no § 1º, do Cânone 1.965:

O matrimônio válido entre batizados diz-se somente rato, se não foi consumado; rato e consumado, se os cônjuges entre si realizaram de modo humano o acto conjugal de si apto para a geração da prole, ao qual, por sua natureza, se ordena o matrimônio, e com o qual os cônjuges se tornam uma só carne⁵⁰.

Contudo, é de Débora Brandão, citada por LIRA e CHAGAS, a aguda observação de que, apesar de os homossexuais terem sido sistematicamente perseguidos pela Santa Inquisição, era curioso o fato de que “(...) na idade média, a homossexualidade estava mais presente nos mosteiros e nos acampamentos militares”⁵¹.

Apesar de visar à procriação, idéia original defendida pelo direito religioso, também em sua vertente católica, do qual nosso direito ulterior retirou sua inspiração, este *ideal* parece ter se espreado pelos ordenamentos jurídicos de modo a impedir qualquer reconhecimento das uniões homoafetivas, quiçá do casamento. Isso ao argumento de que aos casais homoafetivos era impossível gerar, em termos biológicos, qualquer prole. Também por esta razão, as relações homoafetivas foram sendo excluídas da consideração social, política e cultural, vindo mesmo a ser eliminadas da proteção do direito.

Observamos que o pensamento religioso de que o casamento se presta à procriação, embora já superado em vários ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, ainda é relevante, não mais como argumento jurídico respaldado pela lei, mas como fonte de preconceito em relação aos pares homoafetivos. Para justificá-lo, o ideário religioso parte de uma lógica simplista e biológica: a de que duas pessoas do mesmo sexo não podem procriar, razão porque sua união fere a *ordem natural das coisas* e, por decorrência, *ofende à divindade*. Tal ideário segue servindo à perpetração das discriminações, ofensas e humilhações a que são submetidos os homossexuais, em sua luta por reconhecimento de direitos.

⁴⁹ **Código de Direito Canônico. 4ª edição revista.** Conferência Episcopal Portuguesa. 1983. Editorial Apostolado da Oração. Braga, Portugal. p. 186.

⁵⁰ **Código de Direito Canônico**, 1983, *op. cit.*, p. 187.

⁵¹ LIRA, Penélope Aryadne Antony; CHAGAS, Yonete Melo das. **A Viabilidade do casamento civil entre os pares homoafetivos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3253, 28 de maio 2012. Disponível em: <<http://www.com.br/revista/texto/21879>>. Acessado em 26 de jun. 2012, p. 5.

A persistente defesa da função procriativa da família, já superada nas sociedades e nas legislações, inclusive na brasileira, tece, em torno de sua defesa, uma rede de conexões argumentativas, de marcado caráter ideológico e de cunho negativo que visa impor medo e temor do julgamento que a divindade faz dos atos praticados pelas pessoas.

O ideal religioso ainda busca se sobrepor ao direito, o que faz com a incussão, nas pessoas, do temor e do medo do pecado. Tais crenças e manipulações, pretendendo ser a interpretação da palavra divina, semeiam e aprofundam, nas comunidades sentimento de negação, repulsa e ódio em relação aos homossexuais, ambiente social no qual se perpetuam os preconceitos. Não raro, justificam também o ódio e a violência voltados contra os homossexuais.

Decorre justamente deste cenário a contrariedade ao ideal do reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo, vez que as crenças decorrentes do culto da divindade têm grande penetração nas chamadas sociais, especialmente no Brasil, país com larga tradição religiosa o que, somado à inexistência de legislação específica que concretize o casamento homoafetivo, parece ser o palco da experiência e perpetuação do preconceito, fato sociojurídico apto a caracterizar o permanente descumprimento dos preceitos constitucionais que obrigam o Estado a efetivar a igualdade entre todos os brasileiros.

Pensamos ter sido o advento da secularização⁵² o responsável *inicial* pela diminuição do poder da crença religiosa na construção do direito laico, que ainda se concretiza, no dia-a-dia e que vai ao encontro da luta por reconhecimento de direitos, fundamentada especialmente numa gramática dos conflitos sociais, nos moldes teorizados por HONNETH⁵³.

A luta dos homossexuais por reconhecimento de direitos, também em seu viés cultural, possibilita a compreensão dos direitos fundamentais que lhes são negados: igualdade, isonomia de tratamento e dignidade.

Avilta nesta negação de direitos o desvalor com que segmentos organizados da sociedade reagem ao reconhecimento de direitos decorrentes das uniões homoafetivas, em

⁵² É de Carl Schmitt a noção de que “A secularização consiste numa substituição de imagens cuja dissolução de representações tradicionais não implica a eliminação de um fundamento metafísico. De um lado, o surgimento do Estado moderno e seus conceitos jurídicos e políticos resultam de um processo de secularização compreendido a partir da neutralização dos conflitos religiosos dos séculos XVI e XVII. De outro, a secularização é apresentada como sucessiva substituição de imagens metafísicas [...]. Desse ponto de vista, a estrutura ontológica da realidade é formada pelas representações do mundo que ocupam uma posição central. Posto de outra forma: as qualidades da realidade são conformadas pelas projeções de crenças que alcançam um lugar central, ou "ponto último de legitimidade “. In SCHMITT, Carl. **Teologia política e secularização**. In *Rev. bras. Ciências Sociais* [online]. 2013, vol.28, n.83, pp. 217-224, p. 213. ISSN 0102-6909. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092013000300014>. Acessado em 05/01/2014.

⁵³ HONNETH, 2006, *op. cit.*

geral, e do casamento civil, em particular, haja vista que, mesmo já estando superada entre nós a questão do reconhecimento das uniões estáveis, o parlamento não se dispõe, sob diversas e preconceituosas alegações, a regular, mediante lei, direitos que, somente pela via judicial, têm sido reconhecidos.

Saliente-se, mais uma vez, que o reconhecimento da igualdade entre todos é mandamento constitucional, do que decorre a ideia de que é inconstitucional qualquer desigualação injustificada entre as pessoas, conforme doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem: “(...) principalmente com fundamento na Carta da República, (...) a orientação sexual das pessoas não permite a desigualação entre elas⁵⁴.”

Tal ideário, expresso no inciso IV, do artigo 3º, da Constituição Federal, materializa a vedação a discriminações decorrentes de origem, raça, sexo (e por decorrência lógica, da orientação sexual que, embora não diretamente mencionada no texto do dispositivo legal, a ele certamente também se refere), cor, idade e *quaisquer outras*, vez que, segundo Fernando de Souza Pinheiro Borges, em comentário acerca do citado dispositivo legal, “(...) não se proibiu de forma expressa a discriminação por orientação sexual, mas implicitamente, pela parte final do inc. IV: “(...) e quaisquer outras formas de discriminação”, donde resta inequívoca a proibição à discriminação fundada na orientação sexual, com base no princípio da solidariedade social, que se opõe a qualquer tipo de intolerância e preconceito⁵⁵.”

Nesta esteira, é possível constatar a existência do estereótipo, da discriminação e, conseqüentemente, do preconceito na sociedade brasileira em relação tanto ao homossexual, como pessoa, quanto às uniões homossexuais, como entidade familiar merecedoras do reconhecimento dos direitos que República proclama e que a Constituição Federal garante.

A discriminação decorrente da diferença, muitas vezes incompreendida, é, sob o aspecto jurídico, ilegal. Frequentemente resultante do estereótipo social – que é um modelo irrefletido e pré-concebido que a sociedade traça do homossexual - possibilita, no limite, o surgimento do preconceito.

A Constituição Federal, por ser conteúdo material decorrente da regra e do princípio, expressa a norma de direito por meio de conteúdos fechados, onde há pouca ou nenhuma margem de interpretação, e aberta, a que reclama constante interpretação do

⁵⁴ MELLO, 2013, *op. cit.*, p. 9

⁵⁵ BORGES, Fernando de Souza Pinheiro. **O Princípio da Dignidade Humana e a Adoção por Homossexuais.** In CAHALI, Yussef Said e CAHALI, Francisco José (Organizadores). **Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões.** Volume I. Direito de Família, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 1355.

conteúdo normativo. Esse é também o entendimento esposado por Cristina Queiroz, dentre outros, quando leciona que:

4. São as cláusulas abertas (...) da constituição que abrem a via a valorações de “razoabilidade”, “adequação”, “proporcionalidade”, “tolerabilidade” e ainda ao “contrapeso de bens” no caso concreto. Isso provoca, no limite, não uma hierarquia, mas uma coordenação entre normas e princípios constitucionais. (...).⁵⁶

A fim de irradiar do ordenamento jurídico as regras, as normas e os princípios fundamentais inspiradores do direito - do que decorre o entendimento de que sua aplicação, aos casos concretos, depende de prévia interpretação - a Constituição se efetiva na atividade interpretativa realizada por juízes e tribunais, no julgamento do caso concreto, do que resulta a idéia de que o entendimento de que “O problema da interpretação constitucional é exatamente isso: explicar como as normas constitucionais criadas pelo poder constituinte se transformam em direito judicial concretizado pela intervenção dos tribunais de justiça constitucional⁵⁷”.

O reconhecimento do direito ao casamento, por par homoafetivo, à ausência de legislação específica, e em face dos preconceitos sofridos e dos prejuízos materiais e morais experimentados por homossexuais, não encontra outra via de concretização, que não a vida Judicial.

Parte da doutrina sempre observou a lacuna legislativa sobre o tema, fato que propiciou entendimentos de que as relações homoafetivas não merecem a proteção do direito, por variadas razões que passamos a lembrar.

O Direito português, vigente no Brasil do descobrimento até 1889 – data da proclamação da República -, aprofundou e legitimou as raízes do preconceito, relacionando ao regime monárquico as regras e os pensamentos religiosos, de modo que estes refletissem e reproduzissem o pensamento católico, fruto da crença de que o matrimônio era instituto que visava a procriação. Inexistia, à época, qualquer possibilidade de aceitação e muito menos de reconhecimento de relações baseadas exclusivamente no afeto, vez que interessava à Coroa o povoamento da colônia, o que somente a procriação e o aumento da prole poderiam favorecer.

A idéia de procriação e de sacralidade do matrimônio também está acentuada no § 1º, do Cânone 1.965:

O matrimônio válido entre batizados diz-se somente rato, se não foi consumado; rato

⁵⁶QUEIROZ, Cristina. **INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E PODER JUDICIAL. Sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra Editora. 2000. p. 30.

⁵⁷MELLO, 2013, *op. cit.* p. 9.

e consumado, se os cônjuges entre si realizaram de modo humano o acto conjugal de si apto para a geração da prole, ao qual, por sua natureza, se ordena o matrimónio, e com o qual os cônjuges se tornam uma só carne.⁵⁸

Enfatizando os laços de vida e a sacralidade do matrimônio e evidenciando a impossibilidade de aceitação de quaisquer outras famílias que não se enquadrassem neste modelo vigente, o Cânone 1.055 - § 1º, define que:

O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevados à dignidade de sacramento.⁵⁹

No seu momento mais extremado, esse ideário religioso fora super valorizado por ocasião do III Concílio de Latrão, ocorrido em 1179, pelo qual a Igreja Católica decidiu que a prática homossexual constituía crime e que a própria homossexualidade constituía pecado, conforme anota Alécio Pereira Souza:

(...) as origens canônicas do modelo patriarcal, monogâmico e heterossexual adotado pelo direito de família vigente no Brasil, (...) país historicamente muito influenciado pela tradição cristã, e o ordenamento jurídico deixou-se, ao longo dos tempos e até os dias de hoje, permear por influências culturais, religiosos e sociais de raízes judaico-cristãs, especificamente a vertentes católica e européia.⁶⁰

Maria Berenice Dias observara que advém das religiões o maior preconceito contra os homossexuais, pois o pensamento religioso seria o responsável pelo entrelaçamento das idéias de cultura e religião, do que resultou a censura aos chamados “pecados da carne”⁶¹, ideal que for a fortemente reforçado por boa parte da doutrina em língua portuguesa.

Lafayette Rodrigues Pereira, confirmando esta noção, afirmava, já no início do século passado, que “o Casamento é ato solene pelo qual *duas pessoas de sexo diferente* se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”⁶².

⁵⁸ **Código de Direito Canônico**. 4 ed., revista. Conferência Episcopal Portuguesa, 1983. Editorial Apostolado da Oração. Braga, Portugal. p. 187.

⁵⁹ **Código de Direito Canônico**, 1983, *op. cit.* p. 186.

⁶⁰ SOUZA, Alécio Pereira de. **Casamento entre pessoas de mesmo sexo. Breves considerações acerca da viabilidade constitucional da positivação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3253, de 28 de maio de 2012. <Disponível em: <http://jus.com.br/Revista/texto/21881>>. Acessado em 26 de jun. 2012

⁶¹ DIAS, 2009, *op. cit.* pp. 37-38

⁶² PEREIRA, Lafayette Rodrigues: **Direitos de família**, Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918, P. 29.

Orlando Gomes, clássico civilista, entendia serem 03 (três) os elementos necessários à constatação da existência do casamento: *diversidade de sexos*, consentimento dos nubentes e celebração por autoridade competente.⁶³

Washington de Barros Monteiro conceituou matrimônio como sendo "a *união permanente entre o homem e a mulher*, de acordo com a lei, a fim de *se reproduzirem* e de se ajudarem mutuamente"⁶⁴

Arnoldo Wald, lembrando Modestino, ensina que, já no direito Romano, se definia o casamento como a conjunção do homem e da mulher para a vida toda com a comunicação dos direitos divino e humano, conforme o brocardo: '*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnes vitae, divini et humani juris communicatio*'⁶⁵. E, portanto, sendo o casamento esta conjunção com a "comunicação" dos direitos - divino e humano -, restou excluída, para aquele autor, a possibilidade de reconhecimento de direitos aos homoafetivos, vez que, para o direito religioso, em especial, e para o direito humano, notadamente influenciado pelas regras religiosas, conforme já se anotou, a procriação era um dos objetivos centrais do matrimônio.

Observe-se que a diversidade de sexos no casamento é tema recorrente entre os autores acima citados e é também apontada como requisito essencial na definição de Francesco Cosentini:

Essa condição não é mencionada na maioria dos códigos, que, no entanto, pressupõem constante e implicitamente a definição que dão ao casamento, sob o preceito romano: *conjunctio maris et foeminae* (conjunção do macho e da fêmea), sendo evidente que o casamento não pode existir entre pessoas do mesmo sexo⁶⁶. (Em livre tradução).

Outros entendimentos, extremados, ampliaram a negação do casamento homoafetivo reduzindo-o a evento naturalmente impossível, dadas as condições da natureza. Estes entendimentos reverberam a idéia de que não há desigualdade ou discriminação no tratamento jurídico-interpretativo que nega reconhecimento às uniões homoafetivas porque estas não formam família. Esta é a lição de Débora Vanessa Caús Brandão, para quem:

Inexiste dúvida que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem,

⁶³ GOMES, Orlando: **Direito de família, 11 ed. rev. e atual.**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 77.

⁶⁴ MONTEIRO, Washington de Barros: **Curso de direito civil: direito de família**, São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1952, p. 12.

⁶⁵ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família, 14 ed. rev., atual. e ampl.**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

⁶⁶ COSENTINI, Francesco : **Le droit de famille**, Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1929, p. 174. No original, o texto é: "*Cette condition n'est pas mentionnée dans la plupart des codes qui, pourtant, la présupposent ou l'énoncent implicitement dans la définition qu'ils donnent du mariage, conformément au précepte romain: conjunctio maris et foeminae, étant tout à fait évident que le mariage ne peut exister qu'entre des personnes de sexe différent*".

formando uma entidade quase-familiar, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família⁶⁷.

É de se salientar, contudo, que vozes discordantes tenham apontado o fato de que nem sempre, ao longo da história, a homossexualidade fora vista pela ótica do preconceito com que é vista atualmente, em algumas sociedades.

É de Fabiana Marion Spengler⁶⁸ a observação de que, na antiguidade, homossexuais gregos e romanos eram considerados como seres dotados de grande inteligência e possuidores de visível desenvoltura verbal, razão porque eram vistos como seres privilegiados. Desta observação resulta o entendimento de as relações entre estes e seus amantes não sofriam de qualquer viés preconceituoso do meio social onde viviam.

Apesar desta evidência histórica, não se sabe precisamente em que momento nem porque razão específica, as sociedades que se sucederam, no tempo, foram paulatinamente desrespeitando as vontades individuais e, portanto, diminuindo a aceitação e o reconhecimento das diferenças, tendo transformado, pouco a pouco, o diferente em proibido ou em pecado, ao argumento de que era mister às sociedades organizadas a sua autopreservação, fato que inspirou as sociedades antigas e inspira as contemporâneas à manutenção injusta dos preconceitos aos casais homoafetivos.

Pensamos que a luta por reconhecimento, teoria desenvolvida por HONNETH, permite uma análise teórico-conceitual do “(...) reconhecimento como estrutura intersubjetiva que proporciona a análise das condições de integração social e da lógica dos conflitos e mudanças sociais (...)”⁶⁹, fenômeno social que caracteriza a transformação das justas expectativas de reconhecimento de direitos dos casais homoafetivos, idéia que passamos a estudar.

⁶⁷ BRANDÃO, Débora Vanessa. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

⁶⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2003. p. 37

⁶⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino e GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **DA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE POR INTERMÉDIO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH**, in CAMARGO, Maria Lacombe, LOIS, Cecília Caballero, MARQUES, Gabriel Lima (Organizadores). **Democracia e Jurisdição: novas configurações brasileiras**. Rio de Janeiro, Imo's Gráfica e Editora, p. 102.

2 – LUTA POR RECONHECIMENTO – AXEL HONNETH

O nosso tempo tem se caracterizado como de lutas, tanto na seara sócio-política, com repercussões em países como Egito, França e no próprio Brasil, quanto na seara jurídica. Os exemplos acima são recentes e atuais e dão conta de que, em escala coletiva, simultâneos ou concomitantes movimentos e manifestações de rua buscaram incluir a sociedade civil na esfera decisória dos países com vista à reformas em suas estruturas sociais visando, acima de tudo, inclusão social, política, participação democrática etc. Ainda que por variados e distintos motivos, caracterizaram-se, sem dúvida, como expressão da busca humana, mesmo que coletiva e ainda que inconscientemente, por reconhecimento de direitos.

Na França, os movimentos e as manifestações decorreram tanto do apoio quanto do repúdio públicos à aprovação, pelo parlamento francês, dos dispositivos legais que reconheceram juridicamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷⁰; no Egito, o movimento que a opinião pública mundial passou a denominar como *Primavera Árabe* e que a imprensa internacional definiu como “onda de protestos que se espalhou pelo Oriente Médio e Norte da África (que) derrubou quatro ditadores e (que) matou milhares” buscou garantir maior participação popular nas decisões políticas do Estado e ainda hoje anseia e defende uma feição mais democrática à nação, com todas as implicações políticas e sociais daí consequentes⁷¹, e, mais recentemente, no Brasil, o surgimento e a força de um movimento popular que visa comprometer as autoridades a realizarem reformas estruturais políticas, sociais e jurídicas⁷², cunhou um curioso aforismo agora muito popularizado: *o gigante acordou*, idéia que propositadamente se contrapõe a trecho do hino nacional que metaforicamente afirma estar o país “(...) *deitado eternamente em berço esplêndido*”⁷³.

Estes e outros movimentos sociais organizados, dentre os quais as manifestações de rua, descortinaram recentes lutas por democracia, por abertura política, por inclusão e igualdade sociais, por reconhecimento, paridade e garantia efetivas de direitos, caracterizando um peculiar momento porque passa o mundo moderno, não apenas no campo sociopolítico, mas, como seu reflexo, também no jurídico, sendo de notável visibilidade, dentre as formas de lutas conhecidas, aquelas por *reconhecimento de direitos*.

⁷⁰ Mais informações disponíveis em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/manifestacao-contrao-casamento-gay-em-paris-sob-tensao.html>. Acessado em 12 de julho de 2013.

⁷¹ <http://topicos.estadao.com.br/primavera-arabe>. Acessado em 12 de julho de 2013.

⁷² <http://www.brasildefato.com.br/node/13665>. Acessado em 12 de julho de 2013.

⁷³ Hino Nacional brasileiro. Disponível na rede mundial de computadores, em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/hino.htm>. Acessado em 12 de julho de 2013.

Deste cenário de lutas decorre um novo panorama geopolítico que demonstra não serem mais as fronteiras geográficas os limites onde se encerram as nações.

Os limites meramente territoriais a muito estão suplantados pela sociedade de nações que se mostrou viável e se concretizou. Os verdadeiros limites não são mais físicos ou territoriais. Ao contrário, este novo *mapa-mundi* ganhou expressão por meio das permanentes tensões sociais que caracterizam a atual reivindicação por reconhecimento de direitos para além daqueles direitos de caráter marcadamente individuais ou sociais e coletivos. Esta luta por reconhecimento decorre da busca por efetivação de direitos humanos principalmente, mas também políticos, transnacionais e transindividuais, com feição marcadamente difusa e heterogênea, cujo exercício deve ser reconhecido e garantido às pessoas singulares, individual e coletivamente consideradas.

Esta atual conformação geopolítica é uma arena de lutas, cujo objetivo é suplantar os limites ideológicos fundados em razões e comportamentos seculares impostos pelos detentores do poder nos antigos territórios físico-geográficos, limitados, encerrados na divisão de terras cuja demarcação era exclusivamente física.

Este estado de coisas já se mostra superado e quase não há mais lugar, no mundo contemporâneo, para esta envelhecida noção de Estado nacional e suas sociedades tradicionais, suas razões e justificações sociopolíticas, todos baseados no pensamento e no comportamento social majoritários dominadores, fatos desconectados da realidade moderna.

No lugar desta envelhecida estrutura já é possível antever o surgimento de uma nova organização coletiva que sequer é propriamente estruturada na forma de um Estado nacional, mas sim numa comunidade de pessoas e de nações ligadas entre si por conexões que não são físicas, mas principalmente sociais e jurídicas, tendentes a possibilitar à pessoa humana, enquanto tal, o exercício de direitos decorrentes do reconhecimento de sua existência, de sua importância e de sua centralidade nas sociedades.⁷⁴

Deste panorama decorre a noção de que não pode ser outra, que não o reconhecimento da centralidade da pessoa humana, e de sua dignidade, a razão da existência e da organização dos grupos sociais e do próprio Estado, enquanto tal, sendo, desta perspectiva, irrelevante o lugar onde a pessoa possa ter nascido e o fato de ser cidadã de um ou outro Estado, em maior

⁷⁴ FRASER, Nancy. **A Justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação.** Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, Outubro 2002. *New School of Social Research*, Nova York, p. 8. Para FRASER (...) a reivindicação de reconhecimento é a força impulsionadora de muitos conflitos sociais, desde batalhas sobre o multiculturalismo a lutas sobre as relações sociais de sexo e a sexualidade, desde campanhas de soberania nacional e autonomia subnacional a esforços para construir organizações transnacionais (...).

ou menor grau garantidor e protetor de direitos reconhecidamente humanos, portanto exercitáveis, como se afirmara, pela pessoa humana, enquanto ser.

É neste novo “*locus*” onde se inserem os atuais movimentos multiculturais que buscam a concretização e a garantia de respeito aos valores e direitos humanos e de cidadania que se expressam sob variadas formas, dentre as quais destacamos, como ponto de interesse deste estudo, aqueles que resultam das experiências de desrespeito às diferenças culturais decorrentes do sexo, do gênero e da orientação sexual.

Esta nova realidade – a de que a natureza humana do ser garante-lhe uma posição central na estrutura social e que tal fato independe da nacionalidade da pessoa - deve ser reconhecida por todos, já que, seja individual - a consciência particular e singular que integra cada ser; seja coletiva - expressa nas manifestações grupais, é imanente e inseparável de toda pessoa humana.

É de se verificar, como intrínseco ao reconhecimento humano, que a pessoa humana, antes de pertencer ao grupo, ao menos espontaneamente, deve pertencer a si própria, conhecer-se, descobrir-se e, como decorrência, individuar-se a ponto de fazer escolhas conscientes, podendo, inclusive, pertencer, voluntariamente, a um determinado grupo ou, involuntariamente, reconhecer-se como parte dele ou de outros grupos.

Contudo, a realização da pessoa, no campo sociopolítico, não está adstrita exclusivamente ao reconhecimento de si própria, enquanto ser. É, antes, esta mesma característica de ser que lhe permite expressar esta condição sem qualquer obstáculo, sob pena de grave malferimento de sua natureza – a humana.

Apesar desta constatação, hoje mais ou menos pacificada no seio das sociedades democráticas, os agrupamentos humanos, em especial os vitoriosos no campo social e político, o modo como operam e a necessidade de impor-se – realidade tão antiga quanto a própria natureza humana – caminharam, em toda a história da humanidade, no sentido contrário ao do reconhecimento – e garantia – de direitos.

A pessoa humana, portanto, antes de pertencer aos agrupamentos, de ser parte de um todo maior e mais complexo, de identificar-se com ele, por certo precisou pertencer⁷⁵ a si própria, o que a fez descobrir-se, notar-se, entender-se e comparar-se ao outro. Decorreu, aliás, deste comportamento, o surgimento dos agrupamentos humanos, fundamentados na

⁷⁵ O termo “pertencer” é empregado com sentido sociológico, *i. e.*, refere-se ao sentimento e à crença do indivíduo numa origem comum que une e integra distintos indivíduos. Cf. SOUSA, Mauro W. **O pertencimento ao comum mediático: a identidade em tempos de transição**. ECA – USP, 2010, nº 34. p. 31

necessidade de união das habilidades individuais com vistas à ampliação e melhoramento das chances de sobrevivência e consequente perpetuação da espécie.

Este processo, em especial o da individuação, que possibilitou a avaliação das chances isoladas de cada um e posterior reconhecimento do poder do grupo não se deu apenas no campo físico. Também no social e moral ele houve de se constituir, vez que somente a pessoa individualizada, consciente de sua existência singular, está habilitada a fazer escolhas efetivas, podendo, inclusive, avaliar a conveniência de unir suas forças à do grupo, a ele se juntando, aumentando suas chances de sobrevivência e de acesso aos postos mais elevados na pirâmide grupal – ou social – que a partir do agrupamento se esboça. Portanto, esta luta é uma luta por reconhecimento que se caracteriza por ser individual, travada na entranha do próprio ser que, conhecendo-se e medindo-se, habilita-se a conhecer e avaliar o outro e, posteriormente, o grupo, a ele pertencendo ou não.

No campo das ciências, muito ainda se discute acerca da necessidade do ser humano de reconhecimento de si mesmo como ser único e singular, processo que é conhecido como de individuação e de autoconhecimento; e de si mesmo em relação ao outro, num primeiro momento e, numa fase posterior, também de si mesmo em relação ao grupo.

É, também, no modo como se dá a valoração social da norma de direito, tomada como norma de direito o resultado da valoração jurídica do fato social, do comportamento humano, *i. e.*, o *censo social juridicamente valorado*, na acepção de Miguel Reale, o que enseja a noção de que o direito possui três dimensões, porque (o Direito) seria fato, valor e norma⁷⁶.

Isto permite eleger o comportamento social esperado, desejável e *correto*, em consonância com a norma, em detrimento de outros comportamentos, a partir de então tomados como indesejáveis e passíveis de punição.

A punição resulta desta eleição da maioria, mesmo que pela via da representação (Democracia Representativa) e deve estar, para ser de direito, previamente definida em norma escrita, em lei. Este é, em linhas gerais, o fundamento do princípio da legalidade, instituto de direito universalmente aceito⁷⁷.

Resulta daí a noção de que é o comportamento social, em sua interação com o direito, o elemento ensejador da produção normativo-legal que decorre justamente da articulação dos temas e teorias estudadas e compreendidas pelo conjunto das ciências humanas e sociais, em especial a sociologia e o direito, sendo possível compreender-se o direito como sendo a

⁷⁶ JUNIOR, Miguel Reale: **Teoria Tridimensional do Direito**, 5 ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

⁷⁷ Esta interpretação decorre da leitura da norma ínsita ao inciso II, do artigo 5º, da **Constituição da República Federativa do Brasil**, Senado Federal, Brasília, 1988.

manifestação social legitimamente valorada para a produção de um ordenamento normativo a todos aplicável.

Neste sentido, é natural que estas ciências se articulem para a compreensão do fenômeno social – e jurídico, ao qual se atribuirá força normativa e caráter universalizante -, na forma de ordenamento jurídico, aplicável ao conjunto da sociedade.

No tocante ao direito, estudamos e buscamos compreender os temas que se aplicam à luta dos homossexuais por reconhecimento do direito ao casamento civil de pares formados por pessoas do mesmo sexo, luta esta considerada a partir das premissas da teoria crítica de Honneth em suas interações com o direito constitucional, em especial com o princípio da igualdade.

A articulação entre a sociologia e o direito é a base da Teoria Crítica da Luta por Reconhecimento, desenvolvida por Honneth⁷⁸, sociólogo e filósofo alemão que buscou inspiração no jovem Hegel que, descrevendo a lógica presente na relação entre senhor e servo, à época em que lecionava em Jena, entre 1801 e 1806, desta utilizou-se para repensar uma Teoria Crítica de luta por reconhecimento. Tais artigos ficariam posteriormente conhecidos como “Escritos de Jena”.

Honneth partiu de uma idéia que não é genuína, mas assim o fez para desenvolver a teoria crítica adicionando-lhe o que, segundo pensava, faltava ao caráter crítico que é ser emancipatório por decorrer da práxis, *i. e.*, da luta por reconhecimento social e dinâmica, fugindo das tradições filosóficas que buscavam em Marx o ideal da realidade que se mostrava inerte, sobretudo no conflito entre capital e trabalho a partir da reconstrução material das condições sociais. Eis a particularidade e maior relevância de sua teoria.

Ao publicar sua Luta por reconhecimento, preocupou-se não apenas em retratar o modo como a sociedade funcionava, mas, antes, tratou de compreendê-la como meio singular de expressão “bloqueada da lógica própria da organização para a emancipação social vigente”.

Fundamentado na filosofia do jovem Hegel, ensinou que:

(...) nos anos em que passou em Jena (...), Hegel defende naquela época a convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intrassocial para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade, inerente à vida social desde o começo na qualidade de uma tensão moral que volta a impelir para além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e, desse modo, conduz pouco a pouco a

⁷⁸ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 30.

um estado de liberdade comunicativamente vivida, pelo caminho negativo do conflito a se repetir de maneira gradativa ⁷⁹.

Em Hegel, segundo Honneth, estaria uma das primeiras distinções de três esferas do reconhecimento – a do “amor”, a do “direito” e a da “eticidade” - característicos de três relações de reconhecimento pela qual os sujeitos se confirmariam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas.

Hegel também “disserta sobre a necessidade de reconhecimento recíproco das “totalidades singulares da consciência”, para introduzir a compreensão dialética das consciências (...)”, tendo-se utilizado, como metáfora, da família, conforme registra:

Assim se produz a consciência para si mesma como identidade do interior e do exterior. Na família, a totalidade de consciência é um ente em devir de si mesmo, em que o indivíduo se percebe a si mesmo no outro. (...). Neste reconhecer, cada um se põe a consciência do outro, suspende a singularidade do outro; ou cada um põe em sua consciência o outro como uma absoluta singularidade de consciência ⁸⁰.

Suzana Albornoz, também estudiosa de Hegel e de Honneth, atribui àquele a primeira distinção de “três esferas do reconhecimento individual – a do “amor”, a do “direito” e a da “eticidade”, como três relações de reconhecimento, em cujo quadro os indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas“, à época em que lecionava em Jena, na qual escreveu, dentre outros, a *Fenomenologia do Espírito*, estudo posteriormente referenciado pelo próprio Honneth.

Ao elaborar sua teoria da luta do reconhecimento, Hegel acentuou a tensão permanente entre o singular e o universal existente na relação das totalidades da consciência, caminho indispensável ao reconhecimento recíproco, *i.e.*, fundamental à formação da consciência do ser, enquanto sujeito singular no mundo e em sua relação com o mundo, ainda que permanentemente tensionada com o outro - este ser que era percebido como consciência diversa, mas igualmente singular.

Neste movimento contraditório, quase paradoxal, a busca da singularidade do indivíduo é constantemente levada, ainda que em níveis inconscientes, a buscar a “morte” do outro, sua aniquilação, fato do qual resulta a noção de que a dialética dos opostos conduz ao reconhecimento individual, vez que seria exatamente o desaparecimento do outro, sua aniquilação, sua negação total, enquanto consciência reflexiva singular, o responsável pelo surgimento da consciência universal coletiva.

⁷⁹ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ HEGEL, 1970, *op. cit.* pp. 320-321.

Também resulta desta tensão entre dois sujeitos opostos a característica principal do modelo hegeliano que, como é possível inferir de sua leitura, está fundamentada na tese de que o reconhecimento do eu singular e efetivamente individuado decorre do reconhecimento recíproco entre os dois sujeitos, *i. e.*, a confirmação da autonomia de cada sujeito individualmente considerado é consequência da oposição que lhe é feita pelo outro, pois é mediante esta oposição que o sujeito, ainda que de modo complementar, compreende a si próprio como sujeito singular e único.

Deste pensamento exsurge a convicção de que o modelo proposto por Hegel está ancorado na idéia de que a formação do eu prático decorre do confronto entre dois indivíduos, de seu enfrentamento e de sua negação recíproca, fatos que possibilitam a estes indivíduos a compreensão de si próprios como consciências autônomas, singulares e únicas:

Hegel defende (...) a convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intrassocial para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade (...) ⁸¹.

Portanto, é possível verificar que o pensamento de Hegel se fundou na idealização de um confronto social entre os homens, ponto do qual também partiram Maquiavel e Hobbes, em distintas épocas e contextos. A estes influenciaram as leituras de Platão e Aristóteles, dos quais extraíram a idéia, ambientada nas cidades-Estado, que reconhece:

(...) o fato, romanticamente glorificado, de os membros da comunidade poderem reconhecer nos costumes praticados em público uma expressão intersubjetiva de sua respectiva particularidade, razão porque reproduziram, em seus textos, a constituição institucional daquelas cidades-Estado ⁸².

Entretanto, para Honneth, a teoria hegeliana de luta por reconhecimento não se caracterizou como *modelo de funcionamento prático*. Ao contrário, demonstrou ser tese essencialmente teórica e abstrata, sem aplicação prática e impassível de confirmação no mundo dos fatos, do que resultou uma das maiores, senão a maior, objeção que fizera à teoria, levando-o a acrescentar-lhe o que entendeu ser seu elemento faltante: *o crítico-prático*, aplicável e aferível empiricamente na sociedade, fato que, posteriormente, possibilitou sua caracterização como modelo teórico singular, empírico, conhecido como luta por reconhecimento: (efetiva) gramática moral dos conflitos sociais.

É que, em sua gênese, o jovem Hegel não manifestou qualquer preocupação prática com a aplicação de seus estudos, tendo-se restringido à elaboração do seu modelo apenas no

⁸¹ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 29.

⁸² *Idem*, 2011, p. 40.

plano ideal, conforme assinala Honneth, afirmando que “(...) na obra de Hegel, o programa assim esboçado nunca chegou a ir além do limiar de meros esquemas e projetos (...)”⁸³.

Honneth, ao contrário, orientou-se para a expansão deste modelo, partindo de sua gênese meramente ideal, reconhecendo que também a teoria deveria ser expressão de um comportamento crítico referente ao próprio conhecimento da realidade de que tratava, no plano das idéias, aplicando-se, no mundo dos fatos, o conhecimento cognoscível e, em grande medida, produzido pela própria apreensão da realidade material, o que o fez com vistas à efetiva emancipação da sociedade, traços que, segundo nota da apresentação da versão portuguesa de sua obra, escrita por Marcos Nobre⁸⁴, foram herdados de Marx (...) “fundados na idéia de que a possibilidade da sociedade emancipada está inscrita na forma atual de organização social sob a forma de um tendência real de desenvolvimento”.

Relevante compreender, ao menos referencialmente, o porquê de Honneth ter buscado inspiração em Hegel e não em Habermas, a quem sucedera na direção do citado Instituto de Pesquisa Social, da Universidade de Frankfurt.

Para este fim, o de entender e situar os fatos no contexto histórico que localizou em lados opostos Habermas e Honneth - este sucessor e aluno daquele - no Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, é preciso compreender, ainda que superficialmente, a história e pensamento dos fundadores do referido instituto a que ambos pertencem.

Max Horkheimer, Feliz Weil e Friedrich Pollock fundaram, em 1924, o Instituto de Pesquisa Social junto à Universidade de Frankfurt, Alemanha, passando a ser identificados, em momento posterior, conjuntamente àqueles intelectuais que os sucederam, como pertencentes à “Escola de Frankfurt”, vertente intelectual que passou a ser denominada como “Teoria Crítica”.

A Escola de Frankfurt teve características para além da academia e dos temas de caráter marcadamente sociais. De fato, é possível afirmar que se caracterizou como “(...) antes de mais nada, uma forma de intervenção político-intelectual (mas não partidária) no debate público alemão do pós-guerra, tanto no âmbito acadêmico como no da esfera pública entendida mais amplamente”.

No mesmo passo, entendia-se que a Escola de Frankfurt era também campo teórico do marxismo, vez que após a publicação, em 1937, do artigo “*Teoria Tradicional e Teoria Crítica*”, por Horkheimer, a teoria crítica passou a “designar igualmente, em sentido mais restrito, toda a tradição de pensamento que tomou por referência teórica fundamental “(...) o

⁸³ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁴ NOBRE, Marcos. *In* HONNETH, A. *op. cit.* 2011, p. 9 (nota de apresentação).

fato de não se limitar exclusivamente à descrição do funcionamento da sociedade” – característica da obra de Marx, marcada pela luta de classes e pelo embate entre capital e trabalho - , mas, antes, a pretensão de compreender a própria sociedade “(...) à luz de uma emancipação ao mesmo tempo possível e bloqueada pela lógica própria da organização social vigente” .

A idéia fundamental a inspirar a *primeira* “Teoria Crítica”, então baseada principalmente em Horkheimer, sua figura central, caracterizou-se, sobretudo, pela noção, posteriormente criticada por Habermas, de que era parcial a *mera* descrição das relações sociais entre pessoas livres, porque tal acabaria por encobrir as melhores possibilidades da realidade social, de modo que

(...) a orientação para a emancipação que caracteriza a atividade do teórico crítico exige também que a teoria seja expressão de um *comportamento crítico* relativamente ao conhecimento produzido e à própria realidade social que esse conhecimento pretende apreender⁸⁵.

Tal ideário permite identificar, na teoria crítica, os princípios fundamentais pensados primeiramente por Marx, relativos à necessidade de que a teoria fosse também a expressão do comportamento crítico tanto em relação ao conhecimento produzido quanto à realidade social supostamente apreendida por este conhecimento.

No momento posterior, Horkheimer ascendeu ao posto de Reitor da Universidade de Frankfurt e foi sucedido, no Instituto de Pesquisa Social, por Theodor W. Adorno que, na oportunidade, passou a ser seu maior colaborador, tendo intensificado, dentre outros, o debate público alemão do pós-guerra.

Foi, contudo, após 1940, que Horkheimer e Adorno “foram se distanciando criticamente do diagnóstico e das soluções propostos por Marx e pelo marxismo”, movimento este que também fora realizado progressivamente por Habermas, a partir de 1960, fato que não pode, *prima facie*, ser interpretado como o abandono dos ideais marxistas, mas que vai permitir evidenciar as novas formulações que lhe foram adicionadas, em especial no campo teórico.

É precisamente o acréscimo de novas formulações teóricas ao ideal marxista que permitiu a Habermas iniciar suas críticas à Horkheimer e Adorno.

Com a publicação de sua *Teoria da Ação Comunicativa*, Habermas retomou o “modelo crítico presente em “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, defendeu Marcos Nobre, para quem:

⁸⁵ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 9 (nota de apresentação).

A *Dialética do esclarecimento* tinha por objeto principal de investigação a razão humana e as formas sociais de racionalidade, concluindo dessa investigação que a razão instrumental consistia na forma estruturante e única da racionalidade social do capitalismo administrado. Para Horkheimer e Adorno, a racionalidade como um todo reduz-se a uma função de adaptação à realidade, à produção do conformismo diante da dominação vigente. Essa sujeição ao mundo tal qual aparece não é mais, portanto, uma ilusão real que pode ser superada pelo comportamento crítico e pela ação transformadora: é uma sujeição sem alternativa, porque a racionalidade própria da Teoria Crítica não encontra mais ancoramento concreto na realidade social do capitalismo administrado, porque não são mais discerníveis as tendências reais da emancipação”⁸⁶.

É de se ressaltar, ainda, que Horkheimer e Adorno destacaram, em sua visão, uma realidade humana que além de reduzir a racionalidade a uma função meramente adaptativa da realidade, trataram de nesta realçar um caráter insuperável, que reduzia o homem e sua lua por reconhecimento a uma busca individualmente irrealizável e negativa:

Actualmente, o declínio da individualidade não ensina simplesmente a compreender sua categoria como algo de histórico, mas também desperta dúvidas quanto à sua essência positiva. A injustiça que sofre o indivíduo era o princípio de sua própria existência na fase da concorrência. Mas isso não se aplica apenas à função do indivíduo e de seus interesses particulares na sociedade, mas também à complexidade interna da própria individualidade. Foi sob o seu signo que se colocou a tendência à emancipação do homem, mas ela é, ao mesmo tempo, o resultado justamente dos mecanismos dos quais é preciso emancipar a humanidade. É na autonomia e na incomparabilidade do indivíduo que se cristaliza a resistência contra o poder cego e opressor do todo irracional. Mas essa resistência só foi possível historicamente através da cegueira e irracionalidade daquele indivíduo autónomo e incomparável. Inversamente, tudo o que se opõe incondicionalmente ao todo enquanto particular permanece preso de maneira ruim e opaca à ordem existente. Os traços radicalmente individuais e irreduzíveis de uma pessoa são sempre duas coisas num só: o que não foi totalmente capturado pelo sistema dominante e sobrevive para sorte nossa e as marcas da mutilação que o sistema inflige a seus membros⁸⁷.

Por esta razão, e tendo concluído que a ampliação dos temas propostos pela Teoria Crítica pensada por Horkheimer e Adorno era necessária, Habermas⁸⁸ propôs que se buscasse, para explicá-la, um novo paradigma explicativo, vez que seus conceitos originais não se mostravam mais “(...) suficientemente críticos frente à realidade atual, porque ignoram aspectos decisivos das relações sociais”:

A crítica da razão instrumental entende-se como crítica da reificação que dá prosseguimento à recepção de Weber por Lukács, sem no entanto assumir as

⁸⁶ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 13 (nota de apresentação).

⁸⁷ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max: **DIALÉTICA DO ESCLARECIMENTO. Fragmentos Filosóficos**. Tradução de Guido de Almeida. Editora Jorge Zahar, 1985. p. 226.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da ação e racionalização social; tradução Paulo Astor Soethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

consequências (aqui apenas mencionadas) de uma filosofia objetivista da história. Adorno e Horkheimer, por sua vez, ao empreender essa tentativa, enredaram-se em aporias das quais podemos tirar boas lições, e também razões de uma mudança de paradigma na teoria social. (...). Eis porque Horkheimer e Adorno se veem obrigados a aprofundar ainda mais os fundamentos da crítica à reificação e a ampliar a razão instrumental, elevando-a no todo a uma categoria do processo civilizatório da história mundial; ou seja, eis por que eles precisam deslocar o processo de reificação a um ponto anterior ao início capitalista da modernidade, até o começo da humanização. Com isso, no entanto, ameaçam turvar-se os contornos do conceito de razão⁸⁹.

Habermas defendeu que “(...) “a racionalidade instrumental” identificada na Dialética do esclarecimento como a racionalidade única dominante (...), objeto por excelência da crítica (*que*) não deve ser demonizada, mas (*à qual*) é preciso (...) impor freios”, entendimento que ele próprio expressa, afirmando que:

Desde o início a teoria crítica lidou com a dificuldade de prestar contas sobre seus próprios fundamentos normativos; e desde que Horkheimer e Adorno cumpriram sua virada rumo à crítica da razão instrumental, no início dos anos 1940, essa dificuldade vem se fazendo notar de modo drástico⁹⁰.

Com a finalidade de efetivar a *imposição de freios*, Habermas formulou “(...) nova teoria da racionalidade de dupla face, em que a racionalidade *instrumental* conviveria com outro tipo de racionalidade, a *comunicativa*,” inerentes a duas formas de ação humana”⁹¹.

É do próprio Habermas a noção de que há uma conexão entre a idéia da autopreservação e da autoconsciência, duas faces de uma mesma moeda: racionalidade – instrumental e comunicativa:

Um processo de autopreservação que precisa satisfazer as condições de racionalidade do agir comunicativo torna-se dependente das realizações interpretativas dos sujeitos que coordenam seu agir por meio de pretensões de validade criticáveis. Mais que a unidade entre autopreservação e a autoconsciência, o que caracteriza o status da consciência moderna é a relação expressa pela filosofia social e pela filosofia da história: o nexos social da vida se reproduz por meio das ações – racionais – teleológicas de seus integrantes guiadas pela mídia, e ao mesmo tempo por meio de sua vontade em comum ancorada na prática comunicativa de cada indivíduo⁹².

A racionalidade instrumental, em Habermas, era aquela orientada para o êxito, pela qual se calcularia, dentre os meios existentes, os que melhor possibilitariam o atingimento dos fins previamente almejados, sabendo-se que tais meios seriam aqueles a permitir a reprodução material da sociedade.

⁸⁹ HABERMAS, 2012, *op. cit.*, pp. 629-630.

⁹⁰ HABERMAS, 2012, *op. cit.*, p. 644

⁹¹ *Idem*, 2012, *loc. cit.*

⁹² *Ibidem*, p. 684.

Quanto à racionalidade comunicativa, esta seria própria da “ação do tipo comunicativo”, ou seja, tratar-se-ia de ação “orientada para o entendimento e não para a manipulação de objetos e pessoas no mundo em vista da reprodução material da vida (...)”.

Deste modo, Habermas entendeu a modernidade da sociedade atual como cenário onde o indivíduo conquistou tal nível de evolução (quase como uma emancipação, no sentido Honnethiano) – que pode, de um ponto longínquo, libertar-se da vida real para discutir – a partir de discussões consensuais sobre vida e filosofia - a validade das verdades produzidas por três mundos⁹³ (esferas de valor) – criados por sua teoria – mundo da ciência (verdade factual); mundo da moral (regras e normas sociais) e mundo das artes (mundo subjetivo dos sentimentos, das emoções e das percepções estéticas).

Desta perspectiva Habermas enfrentou a questão da defesa do racionalismo não apenas para livrar-se do caos da irracionalidade legado por Horkheimer e Adorno, mas principalmente porque pretendeu desenvolver e impulsionar, com suas idéias, uma teoria que pudesse transformar a filosofia desencarnada de significação em uma *práxis* emancipatória, ponto no qual deixou transparecer claramente a influência do materialismo de Marx⁹⁴.

Com a distinção entre *sistema* e *mundo da vida*, Habermas respondeu à exigência de um conceito de racionalidade complexo, pelo qual limitou a racionalidade instrumental e buscou superar, senão romper, o campo da mera conceitualização, sem qualquer aplicação pragmática, “de modo a não sufocar e obscurecer as estruturas comunicativas profundas presentes nas relações sociais”, o que, a seu ver, possibilitava a compreensão de que o:

(...) entendimento encontra-se presente no próprio processo de reprodução cultural que permite a continuidade de interpretações do mundo, nas próprias instituições em que o indivíduo é socializado. A racionalidade comunicativa encontra-se assim, para Habermas, efetivamente inscrita na realidade das relações sociais contemporâneas⁹⁵.

⁹³ Em artigo intitulado “**Modernidade- um projeto inacabado**”, Habermas atribui a Max Weber a caracterização do que chamou de *modernidade cultural*, reafirmando que, por meio desta, é possível desvendar a razão substancial por intermédio de imagens representativas de mundos *científico, religioso e moral*, representando sua idéia dos *três mundos* que à frente se expressará. Afirma Habermas que “(...) uma vez que as imagens de mundo se desagregam e os problemas legados se cindem entre os pontos de vista específicos da verdade, da justeza normativa, da autenticidade ou do belo, podendo ser tratados, respectivamente como questão de conhecimento, como questão de justiça e como questão de gosto, ocorre nos tempos modernos uma diferenciação de esferas de valor: ciência, moral e arte”. In ARANTES, O. & ARANTES, P. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo. Brasiliense. 1992. p. 118.

⁹⁴ FIELDER, Regina Célia do Prado. **A teoria da ação comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano**. Revista de Educação. Universidade de Guarulhos. Guarulhos, 2006, pp. 94-100.

⁹⁵ *Idem*, 2012, *op. cit.*, p. 14.

Este caminho, contudo, não fora feito apenas por Habermas nem inicialmente por ele. Tanto Adorno e Horkheimer, com a sua noção de *mimese*⁹⁶, a que, aliás, Habermas conceitua como sendo “(...) a imitação [que] designa uma relação entre pessoas na qual uma se aconchega à outra, identifica-se com ela, compenetra-se do que ela sente”⁹⁷, quanto Schiller e o jovem Hegel, em sua *época de Jena*, todos representantes de distintas vertentes do projeto moderno que, de algum modo, buscavam estabelecer uma teoria crítica que visasse a emancipação do indivíduo. Contudo, boa parte destas tentativas não foi levada adiante, por que foram interrompidas ou descontinuadas e que, por isso, permaneceram encobertas durante tempos e que, portanto, de algum modo agora devem ser redescobertas e mobilizadas⁹⁸.

A despeito das críticas formuladas por Habermas a Horkheimer e Adorno, Honneth enxerga nestes estudiosos mais proximidades do que diferenças, verificando que o diagnóstico do presente “divergente em, relação àquele apresentado na Dialética do esclarecimento, [mas que] nem por isso, entretanto, deixam de existir algumas convergências importantes (...)”, dentre as quais listou a tendência para a emancipação do indivíduo com fundamento em Marx, teoria que se expressa tanto na idéia do colapso interno quanto na organização do proletariado contra a dominação do capital.

Contudo, ainda que seja possível identificar mais aproximações do que diferenças entre os pensamentos de Habermas, de um lado, e Horkheimer e Adorno, de outro, há ao menos uma diferença fundamental a ser ressaltada. Nobre identificou esta diferença como decorre fundamentalmente do fato de que a racionalidade comunicativa fora idealizada por Habermas como prévia ao conflito, “de modo que a realidade social do conflito – estruturante da intersubjetividade, para Honneth, passa a ocupar um segundo plano”. É exatamente por isso que:

⁹⁶ Em GAGNEBIN, Jeanne-Marie. **Do conceito de *mimesis* no pensamento de Adorno e Benjamin. Texto apresentado no Ciclo de Conferências sobre a Escola de Frankfurt, realizado na Faculdade de Ciências e Letras da UNESP, Campus de Araraquara, em 1990.** Revista Perspectivas, São Paulo, 16: 67-86, 1993, p. 72, encontramos a idéia, com a qual concordamos, de que, na Dialética do esclarecimento (1985), Adorno e Horkheimer retomam e aprofundam a crítica platônica da passividade do sujeito frente aos aspectos inexplicáveis da vida, decorrentes principalmente da magia e apontam para um aspecto essencial do comportamento mimético, encontrado nos etnólogos franceses da época (em particular R. Caillois e M. Mauss) : na tentativa de libertar-se do medo, o sujeito renuncia a sua diferenciação em relação ao outro, vez que teme para, ao imitá-lo, aniquilar a distância que os separa, a distância que permite ao monstro reconhecê-lo como vítima e devorá-lo. Para se salvar do perigo, o sujeito desiste de si mesmo e, portanto, perde-se. Esta noção decorre principalmente da leitura que Adorno e Horkheimer fizeram de Freud (Além do Princípio do Prazer) e dos etnólogos franceses, vez que tanto a psicanálise quanto a etnologia caracterizam a *mimeses* como um comportamento regressivo e revelam sua percepção do modo como a razão ocidental propicia um tipo de recusa ao pensamento mítico-mágico, numa tentativa voltada a libertar o homem do medo.

⁹⁷ HABERMAS, 2012, *op. cit.*, p. 671.

⁹⁸ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 14 (nota de apresentação).

Habermas não conclui desse diagnóstico que as oportunidades para a emancipação estavam bloqueadas, mas sim que era necessário repensar o próprio sentido de emancipação da sociedade tal como originalmente formulado por Marx e também pelo Horkheimer de "Teoria Tradicional e Teoria Crítica".⁹⁹

Apesar de reconhecer a importância do pensamento habermasiano, Honneth considera que este não fez mais do que *ampliar o conceito de racionalidade e de ação social*, "(...) acrescentando à dimensão sistêmica uma outra, ambas operando segundo princípios de integração social opostos", de modo que Habermas deixou de enfrentar, por inteiro, o problema crucial da teoria de Horkheimer e Adorno : a inexistência de um fator mediador entre a Teoria Tradicional e Teoria Crítica, vez que esta corrente de pensamento concebeu a sociedade como dois polos extremos e nada entre eles.

Disto decorre o "*déficit sociológico*" da Teoria Crítica pensada por Habermas, pois esta, igualmente aquela pensada por Horkheimer e Adorno, concebe a sociedade como "estruturas econômicas determinantes e imperativas e a socialização do indivíduo, sem tomar em conta a ação social como necessário mediador"¹⁰⁰.

Habermas, tendo reformulado os conceitos fundamentais da teoria crítica, "conseguiu afastar o bloqueio estrutural da ação transformadora e a redução do conjunto da racionalidade à racionalidade instrumental", decorrentes da obra de Horkheimer e Adorno. Contudo, nunca conseguiu diminuir o déficit sociológico que acompanhou a teoria crítica desde 1930. Este déficit se mostrou principalmente na "distinção dual entre sistema e mundo da vida, carregada de ambiguidades e discrepâncias" e caracterizado por uma intersubjetividade que não se expressava pela luta e pelo conflito social ¹⁰¹.

É precisamente a constatação deste *déficit sociológico*, nunca superado pelos antecessores, que deu a Honneth o mote para o desenvolvimento de sua teoria crítica: luta por reconhecimento, que buscando justamente a superação do *déficit sociológico*, pela via da mediação entre a estrutura econômica determinante e imperativa e a socialização do indivíduo, traduziu-se na gramática moral dos conflitos sociais, isto é, o reconhecimento individual e intersubjetivo proposto por Honneth passa necessariamente por uma *luta por reconhecimento*.

⁹⁹ HONNETH, 2011, op. cit., p. 15 (nota de apresentação).

¹⁰⁰ *Idem*, 2011, op. cit., p. 16 (nota de apresentação)

¹⁰¹ *Ibidem*, 2011, loc. cit.

As idéias das quais partiu Honneth para a construção de sua teoria crítica da *luta por reconhecimento* decorrem da elaboração de sua tese de livre-docência, na qual retoma os primeiros escritos de Hegel, da época em que ainda lecionava em Jena, e pela qual busca:

(...) desenvolver os fundamentos de uma teoria social de teor normativo partindo do modelo conceitual hegeliano de uma “luta por reconhecimento”, vez que estes escritos, em especial os do período de Jena, “continuam a oferecer, com sua idéia de uma ampla “luta por reconhecimento”, o maior potencial de inspiração¹⁰².

Portanto, é no jovem Hegel, e não em Habermas, que se pode encontrar o ponto de inspiração para Honneth. Isso porque Honneth não assimilou o *déficit sociológico* não superado pelo modelo habermasiano, de modo que suplantar este modelo e evitar os problemas decorrentes de sua concepção social desarticulada da emancipação resultante da interação social do indivíduo com o seu oposto, também indivíduo, com o fim de se reconhecer e de se afirmar, por um processo de *luta por reconhecimento*, era seu objetivo principal. Por esta razão, Honneth vai buscar em Hegel, no primeiro Hegel, a inspiração para sua teoria crítica.

É certo que, durante sua vida, Hegel atribuiu à filosofia política o encargo de retirar da emancipação individual a idéia Kantiana de *mera exigência do dever ser*,

(...) expondo-a, na teoria como um elemento da realidade social já atuante historicamente; e sempre entendeu que a solução dos problemas postos com isso seria uma tentativa de mediar a doutrina da liberdade dos novos tempos e a compreensão política antiga, moralidade e eticidade¹⁰³.

Nesta época, Hegel entendia que a luta por reconhecimento individual recíproco entre sujeitos resultaria de um confronto que acabaria por gerar um determinado e específico tipo de pressão intrassocial condutor do estabelecimento “prático e político de instituições garantidoras de liberdade”. Este processo caracterizaria, segundo Hegel, a “pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade”, decorrente da tensão moral que impele para “além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e que conduz, pouco a pouco, a um estado de liberdade comunicativamente vivida, pelo caminho negativo de um conflito a se repetir de maneira gradativa”¹⁰⁴.

Honneth reconhece que, embora Hegel tenha chegado a este modelo de luta social por atribuir-lhe impulsos morais, o que fez em contraposição à idéia de Maquiavel e Hobbes – independentemente um do outro e em contextos históricos diversos, vez que estes entendiam ser

¹⁰² HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰³ *Idem*, 2011, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 30.

a luta social motivada pela auto conservação, o seu modelo “nunca chegou a ir além do limiar de meros esquemas e projetos” e, em *Fenomenologia do espírito*, obra que marcou, para Hegel, o encerramento de suas atividades em Jena, “o modelo conceitual de uma luta por reconhecimento” já não possuía qualquer significado teórico relevante¹⁰⁵.

Apesar da perda de significação da luta por reconhecimento, em *Fenomenologia do Espírito*¹⁰⁶, cuja originalidade é a perspectiva de ser “apresentada como processo de formação (cultura ou *Bildung*) do sujeito para a ciência”, obra apresentada em Português, nesta edição, por Henrique Cláudio de Lima Vaz¹⁰⁷, onde discorre sobre seu entendimento de que “o Senhorio e a Servidão não são senão os termos da relação da dialética do reconhecimento no seu primeiro desenlace ou na superação da contradição representada pela “luta de morte”, Hegel ainda discorre sobre o tema, tratando-o não como problema da origem da sociedade ou hipótese do estado da natureza, mas “como estado de luta entre indivíduos que deve cessar com o pacto social e com a constituição da sociedade civil (...)”, conforme se observa na metáfora Do Senhorio e da Servidão:

A consciência-de-si é em si e para si quando e por que é em si para outra; quer dizer, só é como algo reconhecido; (...) tomados e reconhecidos em sua significação oposta. O duplo sentido do diferente reside na [própria] essência da consciência-de-si: [pois tem a essência] de ser infinita, ou de ser imediatamente o contrário da determinidade na qual foi posta. O desdobramento do conceito dessa unidade espiritual, em sua duplicação, nos apresenta o movimento do reconhecimento¹⁰⁸.

Honneth ensina que a filosofia social moderna, naquela época, estava fundamentada nos escritos de Maquiavel e de Hobbes e que estes enxergavam a vida social como uma relação de luta por autopreservação.

Maquiavel, tendo introduzido o conceito egocêntrico de homem, entendia que o indivíduo estava atento apenas a si próprio e se integrava à coletividade em proveito próprio:

Nas diversas reflexões que Maquiavel realiza sob o ponto de vista de como uma coletividade política pode manter e ampliar inteligentemente seu poder, o fundamento da ontologia social apresenta a suposição de um estado permanente de concorrência hostil entre os sujeitos: visto que os homens, impelidos pela ambição incessante de obter estratégias sempre renovadas de ação orientada ao êxito, sabem mutuamente do egocentrismo de suas constelações de interesse, eles se defrontam ininterruptamente numa atitude de desconfiança e receio¹⁰⁹.

¹⁰⁵ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁶ HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do espírito. Tradução de Paulo Menezes; com a colaboração de Karl-Heinz Efkken e José Nogueira Machado.** 7 ed. Petrópolis, RJ : Vozes : Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

¹⁰⁷ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *In op. cit.* p. 13

¹⁰⁸ HEGEL, 2012, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁹ HONNETH, 2011, *op. cit.*, pp. 32-33.

É notável observar que Thomas Hobbes¹¹⁰, separado de Maquiavel pelo lapso de cento e vinte anos, sobre quem esteve em vantagem decorrente do fato de que, em sua época, já funcionava um moderno e organizado aparelho estatal, bem como existia um modelo metodológico de ciências naturais, cuja validade universal decorria da pesquisa prática de Galileu e da teoria filosófica do conhecimento de Descartes¹¹¹, embora tenha concluído, em seus estudos, que o indivíduo, por sua natureza humana marcada pela permanente e intensa atitude de prevenção e de autodefesa em relação aos demais, somente se submeteria à experiência de viver sob a organização e normativa de contrato social porque este seria o único capaz de “dar um fim à guerra contra todos que os sujeitos conduzem pela auto conservação individual”.

Apesar destas diferenças, não deixou Honneth de observar tanto em Maquiavel quanto em Hobbes “(...) as mesmas consequências relativas ao conceito subjacente da ação política” porque suas teorias defendiam, de modo análogo, a luta dos indivíduos por auto conservação como última referência da práxis política com vistas exatamente a impedir a ocorrência reiterada daquele conflito sempre iminente.

É justamente contra esta tendência da filosofia social moderna de circunscrever a ação política aos imperativos do poder estatuído, “racional com respeito a fins, que o jovem Hegel tentou se voltar com sua obra de filosofia política (...)”. Contudo, buscando concretizar seus propósitos críticos, Hegel assumiu a posição “especial e mesmo única”, da época dos escritos de Jena, cujo marco inicial decorreu exatamente, neste primeiro momento, da utilização do modelo conceitual de Hobbes de uma luta inter-humana¹¹².

Deste fato decorre a noção de que Hegel considerava que o reconhecimento recíproco, ensejador da formação do *eu prático e singular*, se dava quando dois indivíduos se confrontavam e, neste confronto, se viam confirmados em sua autonomia pelo seu defrontante, reconhecimento este que se dava, portanto, de modo complementar, *i.e.*, dava-se

¹¹⁰ Honneth esclarece (*op. cit.*, 2011, p. 34) que Tomas Hobbes, por ter a vantagem temporal sobre Maquiavel, podia “(...) por esse motivo (...) investigar “as leis da vida civil”, a fim de dar a toda política futura uma base teoricamente fundada, as mesmas premissas antropológicas que Maquiavel havia obtido de suas observações do cotidiano de modo ainda totalmente incontrolado (...): para Hobbes a essência humana, que ele pensa à maneira mecanicista como uma espécie de autômato movendo-se por si próprio, destaca-se (...) pela capacidade especial de empenhar-se com providência para o seu bem-estar futuro. Esse comportamento por antecipação se exacerba, porém, no momento em que o ser humano depara com um próximo, tornando-se uma forma de intensificação preventiva do poder que nasce da suspeita; uma vez que os dois sujeitos mantêm-se reciprocamente estranhos e impenetráveis no que concerne aos propósitos de sua ação, cada um é forçado a ampliar prospectivamente seu potencial de poder a fim de evitar também no futuro o ataque possível do outro”.

¹¹¹ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 34

¹¹² *Idem*, 2011, p. 36.

pela compreensão da existência do outro, fato que não podia negar. Este foi seu ponto de partida.

Contudo, mesmo à época, Hegel não superou a tradição metafísica de sua reflexão, vez que “não considera a relação intersubjetiva como um curso empírico no interior do mundo social, mas a estiliza num processo de formação entre inteligências singulares”¹¹³, característica que incomoda a quem se proponha a usar esta teoria como estímulo justamente ao desenvolvimento de um pensamento de teor normativo, não podendo, deste modo, cingir-se ao mundo das meras conjecturas .

Portanto, objetivando atualizar a idéia original de Hegel, a fim de torná-la aplicável, Honneth lança a primeira tese no sentido de que, para tal feito, era necessário, em um primeiro momento, interpretá-la à luz de “uma psicologia empiricamente sustentada”.

À época, observa que o modelo conceitual hegeliano, partindo da teoria da intersubjetividade, pressupõe, para a existência de diversas formas de reconhecimento recíproco, a distinção de umas das outras segundo o grau de autonomia possibilitada ao sujeito em cada caso e que, em qualquer deles, pode-se notar a tendência de supor, com o *amor*, com o *direito* e com a *eticidade*, a série de três relações de reconhecimentos em cujo panorama os indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas, em medidas cada vez maiores¹¹⁴.

Honneth entende que para a “reconstrução atualizadora” que pretende fazer é necessária ter-se em mente uma fenomenologia empiricamente controlada de formas de reconhecimento, mediante a qual a proposta de Hegel possa ser examinada e, se for o caso, corrigida em sua pretensão de autonomia.

Hegel entendia que a emancipação verdadeira do eu singular integra necessariamente uma complexa e sucessiva sequência de formas de reconhecimentos recíprocos, cuja ausência se faria sentir aos indivíduos como sendo a experiência de um desrespeito, marcante a ponto de obrigá-los a lutar por reconhecimento, forçando-os a notar certo “mal-estar” que conduziria a transformação do quadro meramente teleológico em processo de formação da identidade e da própria cultura.

Honneth esclarece que retomar este modelo conceitual sob as *novas* condições teóricas da atualidade não é tarefa fácil e que, para fazê-lo, deve-se primeiro investigar a hipótese de Hegel se uma sequência ordenada de etapas de reconhecimento pode resistir a considerações empíricas, bem como se é possível atribuir às respectivas formas de reconhecimento recíproco

¹¹³ HEGEL, 2012, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁴ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 121.

existências correspondentes de desrespeito social, e se, finalmente, podem ser encontradas comprovações históricas e sociológicas para a idéia de que essas formas de desrespeito social foram de fato a fonte e a razão dos confrontos sociais.

Nisto consiste precipuamente a teoria crítica pensada por Honneth, cuja tarefa é a de “apresentar, pelo menos a traços largos, a lógica moral dos conflitos sociais”, pela qual se propõe a atualizar o pensamento de Hegel sob as condições do pensamento metafísico, para permitir, no que for possível, a compreensão da lógica a inspirar a luta por reconhecimento, no contexto da filosofia social.

É neste contexto que a psicologia social de Mead¹¹⁵ se mostrou apta a servir de uma espécie de *ponte*, um elo a propiciar a atualização do pensamento de Hegel a nossa realidade intelectual por traduzir a idéia de intersubjetividade da teoria crítica por ele pensada num tipo de linguagem teórica pós-metafísica, preparando, assim, o caminho para as pretensões de Honneth.

No entendimento de Honneth, Mead e Hegel partilham mais do que a simples idéia de que os indivíduos devem a noção de sua identidade, de seu eu singular, à experiência intersubjetiva: eles partilham o próprio ponto referencial da construção teórica que busca explicar a evolução moral da sociedade¹¹⁶. Tanto em um quanto no outro é coincidente a distinção entre o *eu singular* e o *eu coletivo*, relevando observar que Hegel estava interessado nas condições subjetivas da autorrelação prática do homem com o homem a fim de construir o eu coletivo, enquanto que para Mead:

a formação da identidade prático-moral do sujeito é o tema ao qual Mead se dedica logo depois de ter concluído seus primeiros artigos(...); ele se origina da tentativa de transferir a distinção conceitual de “Eu” e “Me” para a dimensão normativa do desenvolvimento individual¹¹⁷.

Para Mead, a perspectiva do que denominou “*Me*”, que em Hegel corresponderia ao eu coletivo, nada mais era senão a “imagem cognitiva que o sujeito recebe de si mesmo”, ou seja, é sua autoimagem, mas projetada no outro e “tão logo perceba-se da perspectiva de uma segunda pessoa”¹¹⁸.

¹¹⁵ George Herbert **Mead** é filósofo americano de marcante relevância para a sociologia e para a psicologia social. Honneth utiliza seus escritos como fonte para a atualização da leitura de Hegel e, nisto, se apóia fundamentalmente na obra *Movements of Thought in the Nineteenth Century*. Chicago, 1972, em cujos textos Mead explora a relação estabelecida entre indivíduo e sociedade. Todos os escritos de Mead foram publicados após sua morte, mas a base da obra aqui referida se encontra nos escritos de *Phylosophy of the Present* (1932) e *Mind, Self and Society* (1934).

¹¹⁶ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 125

¹¹⁷ *Idem*, 2011, p. 133

¹¹⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

É de Mead a percepção de que o desenvolvimento do “*Me*”, do *eu coletivo* hegeliano, “decorre naturalmente do processo de socialização do ser humano em seu todo”, o que corresponde à ideia de Hegel de que é na interação social, no confronto mesmo do eu singular com o eu coletivo que o indivíduo se reconhece, não raras vezes pelo advento da luta por reconhecimento, processo no qual aprende a ceder, cada vez mais, espaço no seu mundo individualmente idealizado e singularmente reconhecido para, só então, viver a experiência, necessária, de reconhecer-se no todo, dele participar e, justamente, nele interferir, interferindo inclusive na criação do regramento normativo que o *eu coletivo* passa a legitimamente escolher:

Ao aprender a generalizar em si mesmo as expectativas normativas de um número cada vez maior de parceiros de interação, a ponto de chegar à representação das normas sociais de ação, o sujeito adquire a capacidade abstrata de poder participar nas interações normativamente reguladas de seu meio; pois aquelas normas interiorizadas lhe dizem quais são as expectativas que pode dirigir legitimamente todos os outros, assim como quais são as obrigações que ele tem de cumprir justificadamente em relação a eles ¹¹⁹.

A psicologia social de Mead permite acrescentar à idéia original de Hegel a inflexão que Honneth classifica como “materialista”, no sentido de ser um viés através do qual é possível esclarecer “os processos de mudança social de teor normativo” e compreender “os processos de mudança social reportando-se às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco”, tomados como ponto de partida o princípio fundamental tanto em Hegel quanto em Mead de que:

A reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais ¹²⁰.

E nesta perspectiva, Honneth compreende que a explicação possível para esta dinâmica resulta da premissa geral segundo a qual o imperativo ancorado no processo da vida social opera como uma coação normativa que obriga os indivíduos à “deslimitação” gradual do conteúdo do reconhecimento recíproco, por meio do qual expressam socialmente suas pretensões de subjetividade, ampliando o processo de individuação e as relações de reconhecimento mútuo. Deste modo, uma hipótese evolutiva assim traçada só pode ser a pedra angular de uma teoria social gerada na prática da vida social, que se caracteriza nas

¹¹⁹ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 135

¹²⁰ *Idem*, 2011, p. 155

“lutas moralmente motivadas de grupos sociais”, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.

Neste ponto, Hegel e Mead se cruzam: o primeiro, tendo desenvolvido a teoria do reconhecimento baseada num modelo de conflito, de maneira apenas ideal; o segundo, tendo partido deste modelo ideal para aplicá-lo à realidade material. Entretanto, em nenhum deles é possível encontrar uma sistematização daquelas formas de desrespeito que “que podem tornar experienciável “o próprio desrespeito, no sentido de que houvesse um efetivo valor negativo” das correspondentes relações de reconhecimento, o fato do reconhecimento denegado”, o que quer dizer que decorre de ambos a lacuna que Honneth tentará preencher, o que fará pela “diferenciação das espécies de rebaixamento e ofensa por que passam os homens, em ambos”.

A filosofia sócio-política de Hegel distingue três esferas de reprodução social: a *família*, a *sociedade civil* e o *Estado*, ao passo que, para Mead, que também distingue três formas de reconhecimento recíproco, as esferas seriam: a do amor ou da dedicação emotiva; a do direito ou do reconhecimento jurídico, e a da solidariedade ou do “assentimento solidário”, de modo que:

também foi possível encontrar em sua obra [a de Mead], os equivalentes teóricos, oriundos de uma concepção pós-metafísica e naturalista, para a distinção conceitual de diversas etapas de reconhecimento, e mesmo para a afirmação, de longo alcance, acerca de uma luta que medeia essas etapas:(...) seu propósito é esclarecer os processos de mudança social reportando-se às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco¹²¹.

Esta perspectiva da teoria da sociedade de Mead coincide e reafirma as bases fundamentais da teoria pensada pelo primeiro Hegel no sentido de que a reprodução da vida social se torna compreensível quando os indivíduos se reconhecem e se concebem como singularidades, o que decorre essencialmente da interação entre indivíduos, em sua luta por reconhecimento. Para fins deste estudo, vamos nos deter às esferas pensadas por Hegel, que são o ponto do qual partiu Honneth para a construção de sua própria teoria.

Hegel, inspirador de Honneth, relaciona as esferas de reprodução da realidade social às três esferas do reconhecimento – a do *amor*, a do *direito* e a da *eticidade* - nas quais os indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuadas¹²².

Na família se vive a primeira das experiências de reconhecimento recíproco: os sujeitos desta relação – pais e filhos – se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas

¹²¹ HEGEL, 2012, *op. cit.*, p. 155

¹²² HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 121

carências, reconhecendo-se como seres carentes que, unidos no fato de serem dependentes um do outro, se confirmam no amor que dão e no que recebem, em troca. Unidos, vivem a experiência do reconhecimento recíproco, corporal, nos sentimentos de estima especiais e únicos, típicos deste relacionamento de dependência recíproca. Nesta fase é impossível, e até indesejável, individualá-los, posto que, conforme observou Hegel, “o amor tem de ser concebido como um “ser-si-mesmo em um outro”.

Não escapa a Honneth a importância do que chamou de “análise terapêutica dos relacionamentos patológicos”, do qual este amor familiar é o primeiro exemplo, sendo que suas implicações, especialmente quanto à maturidade emotiva do indivíduo em sua vida futura, diretamente relacionado à esta primeira experiência de reconhecimento – familiar , cujos estudos foram aprofundados por Freud, Morris Eagle e , posteriormente, também não lhe passa despercebido o fato de como “o sucesso das ligações afetivas se torna dependente da capacidade, adquirida na primeira infância, para o equilíbrio entre a simbiose e a autoafirmação”, idéia central do jovem Hegel que fora confirmada pelos estudos de Donald W. Winnicott ¹²³. Contudo, o aprofundamento destes estudos e de seus pensadores transborda do propósito deste trabalho, razão porque retomamos as categorias pensadas por Hegel.

Passado o primeiro momento desta relação quase simbiótica vivida entre mãe e filho, marcada pela total dependência e pelo reconhecimento integral de um no outro, à medida em que a mãe inicia o retorno às demais atividades regulares da vida, e deixa o filho vivenciar um primeiro lento , gradual e constante afastamento, a criança vive a primeira experiência de frustração e apresenta uma natural disposição a atos agressivos e até furiosos, dirigidos à mãe que passa a ser percebida, a partir de então, como independente.

Este processo doloroso caracteriza um momento de experiências negativas que conduzirá um à compreensão do outro, resultando num primeiro reconhecimento da existência do *eu singular* no outro, uma luta por reconhecimento da mãe, de sua individualidade enquanto ser, em relação ao filho. Disto resulta um amadurecimento, um reconhecimento da criança em relação à mãe, o que desloca o foco da relação entre ambos: da simbiose afetiva para o que Mead denomina como *self*, este novo universo onde a criança terá que se confrontar, terá que lutar para ser reconhecida não mais como parte da mãe, mas como ser singular. É uma primeira luta por reconhecimento.

Desta forma de reconhecimento baseada no amor diferem as demais esferas: a do direito e a da eticidade.

¹²³ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 164.

A esfera do direito, baseada na relação jurídica, proporciona outro nível de reconhecimento que vai possibilitar a consideração e o reconhecimento dos demais membros da sociedade como iguais portadores de direitos:

Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar à compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado” (...) podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões¹²⁴.

Honneth ensina, sobre este aspecto, que Hegel concebe a relação jurídica, a exemplo de Mead, mediante reconhecimento recíproco, vez que:

No Estado, [...] o homem é reconhecido e tratado como ser racional, como livre, como pessoa; e o singular, por sua parte, se torna digno desse reconhecimento porque ele, com a superação da naturalidade de sua autoconsciência, obedecem a um universal, à vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, se porta em relação aos outros de uma maneira universalmente válida, reconhece-os como o que ele próprio quer valer – como livre, como pessoa¹²⁵.

Apesar da evidente autonomia das esferas e, por conseguinte, da suposta contraposição de idéias, não escapa a Honneth a percepção de que a esfera jurídica está intimamente atrelada à experiência da estima social, denominada como terceira esfera - da solidariedade ou eticidade.

Hegel, cujo pensamento difere, neste ponto, do pensamento de Mead, considera válida para o direito somente a autonomia individual construída sobre a norma moral, entendendo que “só valem para a ordem social do direito na medida em que esta pôde se desligar da autoridade natural de tradições éticas, adaptando ao princípio de fundamentação universalista”, conforme sua anotação de:

que os direitos individuais se desligam das expectativas concretas específicas do papéis sociais, uma vez que em princípio eles competem de agora em diante, em igual medida, a todo homem na qualidade de ser livre, então já é dada com isso uma indicação indireta acerca do novo caráter do reconhecimento jurídico¹²⁶.

O fundamento de Honneth para a construção de sua teoria crítica, a exemplo de Hegel, reside precipuamente na *luta por reconhecimento*. Esta luta, para ambos, está alicerçada na interação das esferas internas ao próprio reconhecimento, de maneira universalista. Por esta mesma razão, um reconhecimento jurídico ocupa o centro da teoria, já neste ponto acrescida

¹²⁴ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 179

¹²⁵ *Idem*, 2011, p. 179.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 183

da concepção de *desacoplamento* histórico de reconhecimento jurídico e de estima social – trazida, no final do século XIX, por Rudolf Von Ihering¹²⁷.

A este *desacoplamento*, na linha do pensamento de Honneth, entendemos a separação necessária a ser feita no âmbito do reconhecimento jurídico, que expressa a idéia de que todo *eu singular* deve ser considerado um “fim em si”, sem nenhuma distinção prévia entre seres humanos; ao passo que o “respeito social” representa o valor que uma pessoa possui conforme critérios intersubjetivos de relevância social, o que pode variar de pessoa para pessoa, desigualando-as, ou variar no tempo, de modo que, conforme a posição de um indivíduo no contexto social, naquele momento, sua estima será mais ou menos elevada, critério este que não pode ser considerado por um direito que se pretenda, antes de tudo, justo.

No momento, é importante saber aqui apenas quais conclusões se podem tirar preliminarmente da comparação entre o reconhecimento jurídico e a estima social: em ambos os casos (...), um homem é respeitado em virtude de determinadas propriedades, mas no primeiro caso se trata daquela propriedade universal que faz dele uma pessoa; no segundo caso, pelo contrário, trata-se de propriedades particulares que o caracterizam, diferentemente de outras pessoas. Daí ser central para o reconhecimento jurídico a questão de como se determina aquela propriedade constitutiva das pessoas como tais, enquanto para a estima social se coloca a questão de como se constitui o sistema referencial valorativo no interior do qual se pode medir o “valor” das propriedades características¹²⁸.

Este acréscimo feito por Ihering, bem observado por Honneth, vai ter, em nosso estudo, uma importância fundamental, pois é a partir deste ponto que introduzimos à esta pesquisa a Teoria dos Princípios, de Humberto Ávila¹²⁹, defensor da existência de normas que se sobrepõem ao próprio ordenamento jurídico em função de seu conteúdo e de seu caráter de norma de segundo grau, caracterizando-se, portanto, como *postulados normativos*, instituto que se situa hierarquicamente no nível superior aos demais princípios e regras.

¹²⁷ HONNETH, 2011, *op. cit.*, p. 184

¹²⁸ *Idem*, 2011, p. 187.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **TEORIA dos PRINCÍPIOS: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 edição atualizada. São Paulo: MALHEIROS Editores, 2013.

3 - A TEORIA DOS PRINCÍPIOS - HUMBERTO ÁVILA

Para Humberto Ávila¹³⁰, Postulados Normativos são normas metódicas, dirigidas ao intérprete, que instituem os critérios de aplicação das demais normas, razão porque se situam num plano superior, funcionando como *metanormas*, ou normas de segundo grau, situadas no metanível da aplicação, o que as diferencia das *sobrenormas* e dos *sobreprincípios*¹³¹.

Importante realçar que as normas, estas a que se refere Ávila, não são, de sua perspectiva, puramente descritivas – que, neste aspecto, poderiam ser consideradas como regras – ou metódicas, cuja função é a de definir e orientar a aplicação de outras normas, mas são o resultado da interpretação do aplicador, sua conexão com as regras e com os princípios.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte¹³².

Ávila ensina que a atividade de interpretar é de inegável importância para a eficácia e concretude do direito, cenário no qual o intérprete é responsável direto pelo sentido que se atribui a fatos da vida cotidiana e, por conseguinte, ao ordenamento jurídico. O trecho abaixo evidencia este entendimento.

(...) pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. (...) Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual¹³³.

Este pensamento não confronta a teoria dos postulados normativos nem desta está desconectado. Ao contrário, realça-lhe, pois coloca em seus devidos lugares – como categorias teóricas, o significado dos termos empregados na obra: norma, definida anteriormente, regra, princípio e postulados normativos, ao passo que organiza, para fins de

¹³⁰ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 143.

¹³¹ Sobrenormas, sobreprincípios e metanormas são, para Humberto Ávila, categorias distintas. As duas primeiras se situam no nível do objeto da aplicação das normas, embora possuam conteúdo semântico e valor superior às próprias normas e princípios; já a terceira atua no (meta) nível aplicativo, *i. e.*, são normas metodicamente sobrejacentes e se referem à aplicação das demais normas, senso, portanto, metanormas ou normas de segundo grau.

¹³² *Idem*, 2013, p. 33

¹³³ *Ibidem*, p. 36.

aplicação no direito, estas próprias categorias, no que traça um completo percurso no qual os significados se evidenciam e materializam, como únicos, bem como nos contextos em que se cruzam, implicando-se mutuamente.

Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional (...). Os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (...) não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção.

(...) Os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Esta imbricação recíproca, embora categoricamente diferenciada, permite delinear um panorama conceitual em cujo interior se pode compreender a importância da interpretação no processo que possibilita diferenciar normas, regras e princípios dos postulados normativos.

(...) é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete¹³⁴.

Utilizando como fundamento conceito de Rudolf Eisler, Ávila define e contextualiza a noção de postulado: “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as o objeto quais não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de *postulados*”¹³⁵.

Postulados podem ser hermenêuticos, cuja função é a de servir para a interpretação e compreensão do Direito, ou aplicativos, categoria que se destina a estruturar a aplicação do direito às situações concretas.

Em qualquer caso, postulados normativos funcionam para instituir critérios e para orientar a aplicação “de outras normas que se situam no mesmo nível do objeto da aplicação” da norma, idéia que possibilita inferir que sua característica objetiva é a de orientar (a aplicação das normas de direito) e a de irradiar-se por sobre todo o ordenamento jurídico, situando-se num nível mais elevado ao das próprias normas.

¹³⁴ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁵ *Idem*, 2013, p. 142

Os postulados são categoria distinta, portanto, e “não se enquadram na definição de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional”¹³⁶, porque não se prestam à instituição de normas objetivas (regras) ou valorativas (de caráter principiológico), mas funcionam como normas estruturantes da aplicação das regras e dos princípios, situando-se no metanível, de onde orientam a aplicação dos princípios e das regras.

Dentre os postulados normativos, os aplicativos interessam mais de perto a este trabalho. Tais postulados se subdividem em *aplicativos inespecíficos* e *específicos*¹³⁷.

Dentre os postulados normativos específicos, o da igualdade é o substrato do estudo desta dissertação no sentido de verificar se o conteúdo axiológico do valor da igualdade e se sua característica de postulado, portanto de metanorma – orientando a aplicação de outras normas - têm substância jurídica apta a funcionar como suporte à Teoria Crítica da Luta por Reconhecimento, naquilo que reconhecemos como déficit jurídico da teoria desenvolvida por Axel Honneth, de modo a fundamentar o reconhecimento do direito ao casamento civil, pelos pares homoafetivos¹³⁸, à míngua de legislação específica.

Dito de outro modo, é precisamente neste aspecto que o estudo da teoria desenvolvida por Ávila funcionará como fundamento jurídico à este estudo, vez que o postulado da igualdade, do qual decorre cognato princípio constitucional, insculpido e expresso na Carta da República, como princípio fundamental, é tratado por Ávila não apenas como princípio, mas especialmente e como *postulado normativo específico*, do que resulta dupla consequência: *i*) enquanto princípio de direito, “institui um estado igualitário como fim a ser promovido” e, portanto, remanesce a obrigatoriedade de sua aplicação aos fatos da vida social, ainda que não especificados em lei, por se tratar de valor superior imanente e decorrente do sistema constitucional vigente que proclama e assegura a igualdade entre todos, independentemente, inclusive, da estima social de que possa gozar qualquer pessoa¹³⁹ e, *ii*) enquanto postulado normativo específico, estrutura a “aplicação do Direito em função de elementos (critério de

¹³⁶ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 143.

¹³⁷ Humberto Ávila diferencia postulados normativos específicos (igualdade, razoabilidade, proporcionalidade) dos inespecíficos (ponderação, concordância prática, proibição de excesso).

¹³⁸ O termo “homoafetivo” foi cunhado, pela primeira vez, no Brasil, pela Dra. Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, membro do Instituto Brasileiro de Direitos da Família – IBDFAM e advogada. Atualmente é amplamente utilizado para designar casais formados por pessoas do mesmo sexo, tanto masculino quanto feminino. A preferência pela utilização do termo decorre, dentre outros, da característica semântica da expressão que congrega o radical grego *homo* (igual) com o substantivo afetivo (característica de quem possui ou demonstra afeto), impedindo ou, ao menos diminuindo, qualquer sentido pejorativo ou preconceituoso na designação destes casais.

¹³⁹ Cf. art. 5º, Constituição Federal, *litteris*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”¹⁴⁰.

Deste modo, considerada isoladamente e sem a perspectiva que lhe dá a Teoria dos Princípios, a *Teoria Crítica da Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, tratada em capítulo anterior, é apta a contextualizar a questão central deste estudo no âmbito da sociedade e da vida social, e suas organizações, porque apreende e reconhece a luta de um grupo social, específico e organizado – o dos homossexuais - como legítima e inegável.

Contudo, é a Teoria dos Princípios, desenvolvida por Humberto Ávila, o ideário que possibilita a superação do déficit jurídico da teoria de Honneth, suplementando-a justamente naquilo que lhe falta, ou seja, em seu viés jurídico.

É de se observar que o reconhecimento teórico da segunda não lhe basta para a valoração, enquanto fenômeno jurídico. Este valor pode-lhe ser agregado pela Teoria dos Princípios, vez que a luta por reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo não é apenas um fato da vida observável em si mesmo, mas igualmente é fenômeno social interessante e relevante ao direito, haja vista o existente reconhecimento de correlato direito conferido aos heterossexuais, na legislação brasileira.

A igualdade, valor superior insculpido no núcleo material da Constituição da República, não autoriza a desigualação das pessoas de modo injustificado, razão porque este trabalho se propõe a analisar a viabilidade do reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo à luz da Carta da República e ao fundamento do princípio da igualdade, especialmente em sua configuração como postulado normativo.

É neste sentido que a igualdade como postulado normativo específico se habilita a suplementar, com conteúdo jurídico, a teoria crítica da luta por reconhecimento, de Honneth, com vistas ao reconhecimento da luta por direitos buscados pelos pares homoafetivos, de modo que a conexão entre ambas as teorias será ressaltada neste trabalho, salientando-se, desde já, o caráter de *metanorma* atribuído por Ávila ao postulado da igualdade, conforme a Teoria dos Princípios, que atribui e reconhece na igualdade valor superior em relação aos princípios e regras de direito, o que passamos a demonstrar.

Conforme se afirmara anteriormente, a teoria de Ávila compreende os postulados normativos como sendo as “condições essenciais” de interpretação de qualquer objeto cultural, havendo *postulados hermenêuticos*, “destinados à compreensão em geral do Direito” e *postulados aplicativos*, “cuja função é estruturar sua aplicação concreta”.

¹⁴⁰ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 171.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau”¹⁴¹.

Metanormas são, portanto, desta perspectiva, “normas que orientam a aplicação de outras”, que estabelecem as estruturas de aplicação, que instituem critérios por meio dos quais regras e princípios, *i.e.*, normas em sentido estrito, são aplicadas. Por esta razão são classificadas e qualificadas como *metanormas*¹⁴².

Especialmente por esta característica, permitem a verificação dos casos de violação das normas cuja estruturação regulam porque, caracterizando-se como normas que regulam a aplicação de outras, a sua violação resta sempre evidenciada pela não aplicação da norma regulada, ou por sua inadequada ou incompleta aplicação.

O termo *metanormas* e seu significado, no sentido que lhe atribui a Teoria dos Princípios, foi originalmente cunhado por Ávila, embora seja inegável que Robert Axelrod, em período anterior àquele, já havia se utilizado do termo.

Axelrod, cientista político norte-americano, entendeu que o termo metanorma designava uma norma de hierarquia jurídica *superior* e que sua principal característica era a de versar sobre a aplicação de uma norma *comum*, consubstanciando-se, portanto, como uma das maneiras de fortalecer a regra, salientando-se que este termo [regra], neste contexto, tem acepção de norma, conclusão que decorre da leitura e interpretação dos exemplos utilizados por Axelrod para realçar *esta* característica das metanormas, ligando-as à idéia de que era preciso haver normas [punitivas] aplicáveis às pessoas que eram, por se encontrarem em posição hierárquica superior às demais ou porque esta era sua obrigação ou poder-dever, encarregadas de fazer cumprir normas [comuns]¹⁴³.

Axelrod entende as metanormas como sendo espécies de punição impostas por normas *superiores* a quem, podendo e devendo, *não* obrigavam os demais (não detentores do poder) ao cumprimento das normas *comuns*, inclusive deixando de aplicá-las. Havia, portanto,

¹⁴¹ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 142

¹⁴² No mesmo sentido, Marcelo Novelino entende que metanormas são postulados normativos que se caracterizam por impor um dever de segundo grau consistente na estruturação e no estabelecimento de critérios de interpretação das normas comuns (contidas nas regras e nos princípios). Pode-se entender, então, que as metanormas estabelecem um critério de aplicação e de interpretação das normas e princípios a ela referentes. Contudo, com estes não se confundem. Cf. NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: *Jus PODIVM*, 2008, pp. 88 e 113.

¹⁴³ AXELROD, Robert. *An Evolutionary Approach to Norms*. *The American Political Science Review*. Vol. 80. No. 4 (Dec., 1986), pp. 1095-1111. Disponível em <http://.jstor.org/stable/1960858>. Acessado em 13 de agosto de 2013.

pessoas submetidas ao poder de outrem, o que denota haver diferentes categorias de pessoas: as que detinham poder, e a ele poderiam não se submeter, e outras que a ele se submetiam.

Este dever superior estava representado por *norma de natureza superior*, à qual Axelrod chamou de *metanorma*, que significava: norma (*superior e obrigatória*) sobre aplicação de norma (*comum*). Isto é o que se pode depreender do fragmento abaixo, em livre tradução:

Esta é uma das formas de reforçar a norma: punir aqueles que não a apoiam (não a fazem cumprir). Em outras palavras, ser “vingativo”, não apenas contra os violadores da norma, mas também contra qualquer um que se recuse a punir os desertores. Isto é o que chamarei de metanorma¹⁴⁴.

A teoria de Axelrod encontra relação de pertinência e de similaridade com a idéia preponderante na Teoria dos Princípios, de Ávila, apesar do fato de que este não caracteriza a metanorma por qualquer caráter punitivo, como aquele.

A diferença é, em si, suficiente para distinguir uma da outra teoria, fato que se explica, inclusive, pela consideração do contexto histórico singular que inspirou Axelrod a compreender e caracterizar a metanorma como norma punitiva, o que expressou mediante a atribuição de certo caráter de reforço da própria norma – fato que inspirou a noção de que se tratava de *norma superior* sobre aplicação de *norma comum*.

Releva ressaltar que, nesta perspectiva, norma punitiva não guardava relação fundamental com o direito penal, mas sim com a hierarquia das normas, tratando-se mais de teoria geral de direito do que de direito material propriamente, o que é ressaltado pela existência de normas superiores cujo conteúdo material permitia viabilizar e garantir a aplicação das normas de direito, tidas como comuns.

Apesar de algumas semelhanças, vinte e um anos e uma relevante guinada teórica separam espacial e cronologicamente as teorias de Axelrod e de Ávila.

A obra daquele, anterior, surgiu no contexto da sociedade norte-americana e, mais relevante, decorreu principalmente de sua formação acadêmica em Ciência Política¹⁴⁵, mais especificamente no campo dos conflitos de interesses, área de estudos com relevantes reflexos na política de Estado sobre a qual se debruçou e que o incentivou a exemplificar, em seus artigos, situações que envolviam autoridades e agentes políticos de diversas nações

¹⁴⁴ AXELROD, Robert, 1986, p. 1101. No original, o texto é: *This is one way to enforce a norm: punish those who do not support it. In other words, be vengeful, not only against the violators of the norm, but also against anyone who refuses to punish the defectors. This amounts to establishing a norm that one must punish those who do not punish a defection. This is what I will call a metanorm.*

¹⁴⁵ Cf. AXELROD, Robert. *Conflict of Interest: a theory of divergent goals with applications to politics*. Markham Pub. Co. Chicago: 1970.

estrangeiras. Esta circunstância influenciaria Axelrod a interpretar a metanorma como norma punitiva *superior*, da qual decorria, necessariamente, a obrigação imposta aos agentes políticos de cumprir e fazer cumprir a norma de direito, ou norma *comum*.

A Teoria dos Princípios de Ávila, em outra direção, quanto a este ponto, e no que releva a este trabalho, não ultrapassa o campo de estudos do Direito, no que se concentra em demonstrar que o postulado normativo encontra sua razão de ser como *metanorma* por distinguir-se axiológica e estruturalmente da regra e do princípio de direito, situando-se no nível acima dos objetos de aplicação de um e de outro, sendo-lhes, portanto, superior.

Da perspectiva de Ávila, tanto a regra quanto o princípio funcionam numa dimensão diversa da metanorma: “os postulados justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas”, de modo que “(...) não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional”¹⁴⁶.

A diferença existente entre postulados, de um lado, e regras e princípios, de outro, foi realçada por Ávila:

Os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial de subsunção (...). Os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Para Ávila, regras podem ser entendidas como comando jurídico que descreve um comportamento a ser observado, pois “(...) reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos (de modo integral) por meio de comportamentos”.

As regras, neste sentido, devem ser cumpridas de modo integral, embora possam deixar de ser aplicadas, no caso concreto, ou ser excluídas do ordenamento jurídico, no caso de colisão com outras regras com ela conflitantes ou com a superveniência de outra regra que as substituam, no tempo.

Neste sentido, regras são constituídas de uma hipótese normativa – que é o fato jurídico, e sua imediata consequência, ou punição, o que caracteriza a predeterminação, ou a anterioridade, da decisão que incidirá quando do descumprimento da regra.

¹⁴⁶ ÁVILA, 2013, *op. cit.* p.143.

Regras são aplicadas na base do tudo ou nada, não são particionáveis, não podem ser aplicadas aos poucos, ou só um pouco. Por esta razão, regras possuem uma hipótese (que é a descrição dos atos que atraem a incidência do comando normativo) e a consequência – que é a punição.

De outro modo, os princípios estabelecem um dever-se ideal, aferível no caso concreto, podendo ser cumpridos de modo gradual – diferentemente do “tudo ou nada” das regras, ou afastados, pelo aplicador, quando em confronto com outros princípios de igual envergadura, não significando tal ato sua retirada do ordenamento jurídico. Trata-se de suspensão temporária e casual de seus efeitos.

Princípios são, portanto, fundamentos de direito, axiomas, valores, ponderações a serem utilizados pelo intérprete em sua busca pela norma aplicável ao caso concreto. Não descrevem um comportamento prévio jurídica e socialmente observável, mas sim uma diretriz de direito; não são um fim em si mesmo, mas um modelo ideal e desejável de comportamento em sintonia com o ordenamento jurídico, pelo qual também se concretiza o direito.

Diferenciando os postulados das regras, porque aqueles não descrevem um modelo de comportamento a ser seguido sob pena de sanção, o que fazem estas; e dos princípios, porque não estabelecem um dever-ser ideal nem possuem peso e efeito moduláveis conforme o tempo e as circunstâncias, os postulados, “em vez disto, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante relativamente a outras variáveis”, caracterizando-se, principalmente, por não serem :

(...) normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito¹⁴⁷.

Considerado, então, que o postulado normativo é norma cuja objetividade – noção decorrente da afirmação supra, de que fornece “*critérios bastante precisos*”- contorna a aplicação do direito, contingencia-o, obriga-o. Além disso, o postulado (qualquer postulado) não encontraria razão de ser caso não se pudesse diferenciá-lo do próprio princípio (qualquer princípio) caso não vinculasse a aplicação do direito, já que se trata de norma orientadora desta aplicação. Por isso diz-se que está no metanível.

Entendemos, visto desta perspectiva, que o postulado normativo da igualdade impõe o dever de aplicação da igualdade enquanto valor, *i. e.*, trata a igualdade não como princípio (abstrato e genérico) mas como valor intrínseco, de observação obrigatória no nível da

¹⁴⁷ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 144

estruturação da norma, não no nível da norma, o que equivale a dizer-se que a igualdade é valor inderrogável e vinculante .

É este substrato que confere ao postulado normativo da igualdade a idéia de que as pessoas não podem ser desiguais umas em relação a outras¹⁴⁸.

Esta afirmação serve para diferenciar o postulado normativo da igualdade do princípio da igualdade, visto que esta, enquanto valor constitucionalmente protegido, pode funcionar, *i*) como regra, como na proibição do tratamento desigualitário; *ii*) como princípio, na instituição de um estado ideal de igualdade como finalidade a ser atingida, consubstanciado, por exemplo, na igualdade perante a lei, e *iii*), “(...)como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (*critério de diferenciação e finalidade da distinção*) e da relação entre eles (*congruência do critério em razão do fim*)”¹⁴⁹.

Concordamos com Ávila, posto que entendemos que a aplicação do princípio da igualdade depende da eleição de um critério diferenciador - sem o qual se torna impossível a compreensão do conteúdo da igualdade buscada – e de um fim almejado – sem o qual se torna vazia e sem finalidade a própria busca da igualdade.

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida do objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve (...) ¹⁵⁰.

Pode-se entender que a igualdade, em si própria, é valor, em forma de princípio, previsto no artigo 5º da Constituição Federal cujo fim é o de promover e declarar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei¹⁵¹ e o de fortalecer os demais princípios, dele decorrentes, mas distintos, que asseguram o exercício de direitos decorrentes do sistema principiológico adotado pela Carta da República, sentido no qual a igualdade é um *fim* a ser alcançado, o que

¹⁴⁸ Conforme a teoria de Ávila, a desigualdade só encontra fundamento à existência de um critério (justificável) em razão de um fim (justo e conforme o direito). ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 172

¹⁴⁹ *Idem*, 2013, p. 171.

¹⁵⁰ Ávila faz referência, no trecho anterior e nesta citação, à p. 172 de sua obra, ao livro de Celso Antonio Bandeira de Mello: **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3 ed. 19 tiragem**, 2010, autor que buscou isentar a aplicação do princípio da igualdade de uma razão desconectada de parâmetros que visassem efetivá-la, o que equivale a dizer que, para Celso Antonio Bandeira de Mello, a mera aplicação do princípio só se justifica frente aos critérios de diferenciação (sem o qual não se revela possível definir o conteúdo do que se busca com a aplicação material da igualdade) e de finalidade (sem o que se esvazia a aplicação do princípio por inexistência de causa justificadora).

¹⁵¹ A referência diz respeito aos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação de tratamento discriminatório.

se fará mediante a adoção de critérios objetivos que visem garantir os meios ideais e necessários à consecução deste *fim* previamente almejado.

Principalmente por esta razão, em si própria considerada e à ausência do critério-medida, a igualdade nada representa, não denota a medida (critério) e sua finalidade (fim – objetivo), conteúdos que se tornam perceptíveis pela ótica da Teoria dos Princípios, visto que “as pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador”.

Este critério precisa ser razoável, proporcional, justificável, necessário e previamente eleito, nos limites da lei, de modo que a concretização da igualdade decorra da existência de um elemento a que Ávila chama de critério diferenciador cuja razão de ser (elemento justificante) seja o fim a ser alcançado. Portanto, com fundamento no desenvolvimento desta idéia, Ávila conclui que:

Fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação de algum princípio fundamental ¹⁵².

A idéia de que existem diferenciações justificáveis da aplicação do princípio da igualdade, defendida por Ávila, encontra sintonia e fundamento na obra de Celso Antonio Bandeira de Mello ¹⁵³.

Celso Antonio constatou ser unânime a compreensão de que o alcance do princípio constitucional da igualdade extrapola o âmbito das relações interpessoais, prestando-se mesmo como barreira ao próprio poder do Estado no sentido de proibir-lhe a edição de lei que afronte a isonomia, já que

O preceito magno da igualdade, como (...) assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas ¹⁵⁴.

¹⁵² AVILA, 2013, *op. cit.*, p. 172

¹⁵³ A obra, já referida pelo próprio Humberto Ávila, neste trabalho é lida em sua tiragem de número 22: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**, 3 ed. 22 tiragem, 2012.

¹⁵⁴ *Idem*, 2012, p. 9.

Deste modo, apoiando-se e citando doutrina de Kelsen, no tocante ao pacífico entendimento doutrinário sobre a diferenciação entre igualdade formal e material ¹⁵⁵, Celso Antonio compreende como indefensável a ausência de tratamento paritário, já que “(...) ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”.

É precisamente de Kelsen a idéia de que reduzir a igualdade à princípio garantidor de consideração igualitária somente *perante* a lei corresponde a esvaziar a atuação do intérprete e esvaziar o conteúdo material da igualdade.

Colocar (o problema) da igualdade *perante* a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis – em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas ¹⁵⁶.

De outra banda, ainda que não se pretenda contrariar a idéia de que a igualdade perante a lei deve ser resguardada, parece já superada a noção de que somente *esta* igualdade – tida como formal – seria suficiente para assegurar ao princípio o papel constitucional que o legislador lhe conferiu no ordenamento jurídico.

Anote-se que o legislador tratou do princípio da igualdade, insculpido justamente no artigo 5º da Constituição Federal, como núcleo material dos direitos fundamentais constitucionais, de modo que, na linha do que assegura Celso Antonio, é por demais genérica a afirmação da igualdade em seu aspecto meramente formal, sendo relevante reconhecer-se, como *ponto de partida*, a “(...) notória afirmação de Aristóteles (...), segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, mas *não como ponto de chegada*, “(...) pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora do espírito : Quem são os iguais e quem são os desiguais?”¹⁵⁷.

Nesta linha de pensamento, o princípio da igualdade, para constituir-se em verdadeiro estatuto constitucional apto a proteger, de fato, e completamente, todo o conteúdo envergado em seu conceito, precisa ser compreendido também e principalmente em seu aspecto material

(...) de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma práxis efetiva, reclamada pelo próprio ditame

¹⁵⁵ “Kelsen bem demonstrou que a igualdade *perante* a lei não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade *na* própria lei, vale dizer, entendido como limite para a lei”, Cf. Cf. MELLO, 2012, *op. cit.*, p. 10 (notas de rodapé).

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito, tradução francesa da 2 ed. Alemã, por Ch. Einsenmann**, Paris, Deloz, 1962, p. 190. Cf. MELLO, 2012, *idem*, p. 10 (notas de rodapé).

¹⁵⁷ MELLO, 2012, *op. cit.*, p. 11 (nota de rodapé).

constitucional. Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis¹⁵⁸.

As leis funcionam como instrumento das normas, *i. e.*, discriminam situações da vida interessantes ao direito de modo que, ocorrendo a situação hipotética e genérica prevista na lei, esta passa a ser regida pela regras ou regras insculpidas na própria lei. Contudo, sabe-se, há situações em que tais regras não são aplicáveis, desafiando, *prima facie*, a igualdade como axioma jurídico. Neste ponto é que se deve indagar quais destas situações discriminatórias são intoleráveis, sob pena de, não o fazendo, desrespeitar-se a igualdade tão proclamada nos ordenamentos jurídicos.

Para este fim, Celso Antonio colaciona interessantes considerações de Hans Kelsen, que repercutimos:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres¹⁵⁹.

É notório, compreensível e plenamente defensável que, dada a natureza humana, as pessoas são diferentes entre si. Contudo, tais diferenças não podem justificar, validamente, em qualquer caso, tratamentos jurídicos distintos entre as pessoas: “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”¹⁶⁰.

Entretanto, como se pode concluir das considerações acima, decorre da própria natureza da lei, é seu sentido profícuo dispensar tratamentos desiguais, ao argumento de que, o que fazem as leis é justamente

(...) dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. De onde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Assim, verificada esta característica muito bem trabalhada por Celso Antonio, é de se inferir que as discriminações não são vedadas, mas, antes, são decorrentes da própria lei, sem

¹⁵⁸ MELLO, 2012, *op. cit.*, p. 11 (nota de rodapé).

¹⁵⁹ *Idem*, 2012, *loc. cit.*

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

que isso possa desprestigiar o superior comando do princípio da igualdade, cuja envergadura é, como já frisamos, constitucional.

O que se observa das noções de Hans Kelsen, espelhadas na obra de Celso Antonio, e incorporadas à Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, ora em estudo, é que não é vedado à lei fazer discriminações. O que é vedado à lei é fazer discriminações injustificáveis, ilimitadas, sem causa. Esta vedação é a que afronta a isonomia de tratamento e, por conseguinte, desprestigia o valor da igualdade.

Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrímen*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade.

Assim, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão de raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, caput, da Carta Constitucional) (...).

É certo que o rol exemplificativo do artigo 5º, da Carta da República, não proclama, em *numerus clausus*, os únicos fatores de *discrímen* proibidos. Sempre poderá haver outros fatores, não relacionados nas leis, que se mostrem inválidos toda vez que não resistirem à necessária análise de sua necessidade e de sua justificação, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Dito de outro modo, a discriminação não se mostrará atentatória às leis e ao comando constitucional da igualdade toda vez que for justificável e necessária, mas será invalidada sempre que não se basear em razão justificadora.

O art. 5º, caput, ao exemplificar com as hipóteses referidas, apenas pretendeu encarece-las como insuscetíveis de gerarem, só por só, uma discriminação. Vale dizer: recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados¹⁶¹.

Deste ensinamento decorre a noção de que nenhum fator objetivo, escolhido dentre quaisquer possíveis – mas, por sua natureza, injustificável e “sem pertinência lógica com a diferenciação procedida, pode ser albergado pelo direito, vez que afronta o princípio da igualdade”.

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade,

¹⁶¹ MELLO, 2012, *op. cit.*, p. 18.

assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos¹⁶².

Para Celso Antonio, divide-se em três questões o reconhecimento de diferenciações que não podem ser feitas em desprestígio à isonomia:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados¹⁶³.

Releva ressaltar a necessidade de se aferir, em quaisquer casos, aquilo que for adotado como critério discriminatório, perquirindo-se, principalmente, sobre a existência de justificativa racional e lógica a fundamentar a desigualação e sua compatibilidade abstrata e harmônica com os valores protegidos pela Constituição Federal .

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição¹⁶⁴.

Considerada pela ótica do pensamento de Celso Antonio, a igualdade se apresenta como valor protegido pela Constituição Federal, que funciona no nível normativo superior por ser inderrogável pelas normas do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, a igualdade é valor que obriga o intérprete e o aplicador em sua tarefa de concretizar o direito, qualquer direito, em todos os níveis. Contudo, ainda que seja valor inarredável, a igualdade pode ser modulada, não em seus efeitos, mas em sua própria aplicação, quando – e somente quando – as razões de sua não aplicação linear for justificada ou justificável ante a presença de fatores lógicos e objetivos que não impliquem discriminação contrária à lei.

Este pensamento se coaduna com aquele esposado por Humberto Ávila em sua Teoria dos Princípios.

Ávila entende que a igualdade, como Postulado Normativo específico, estrutura “(...) a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da

¹⁶² MELLO, 2012, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶³ *Idem*, 2012, p. 21

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 12 (nota de rodapé).

distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”.¹⁶⁵ Precipuamente por esta razão, conforme afirmado anteriormente, a efetiva “concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto da diferenciação”, o que equivale a dizer que não são proibidas discriminações desde que se encontrem justificadas racional e logicamente, por critérios legalmente harmônicos e em consonância com o âmbito do ordenamento jurídico. A adoção de tais critérios de *discrimen* funciona como barreira apta a impedir justificativas e diferenciações que poderiam violar e malferir o princípio constitucional da igualdade.

Estas inflexões permitem observar que não viola o princípio da igualdade *toda e qualquer* discriminação, vez que tanto características pessoais quanto situações podem traduzir discriminação justificada e amparada pelo ordenamento jurídico. O que não é possível, porque não encontra amparo jurídico, é a discriminação que refoge ao âmbito da racionalidade e que não pode ser justificada, quer porque não decorre de fatores lógicos e objetivos, quer porque contraria o âmbito normativo da legislação.

Assim, a diferenciação desigualadora deve estar condicionada: *i*) à lógica dos fatos (o elemento desigualador deve ser lógico, ou logicamente explicitável; *ii*) “à correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico dispensado ao fator discriminatório em questão”, e *iii*) esta correlação lógica não pode transbordar, ultrapassar ou desrespeitar os legítimos direitos e garantias inculpidos na Constituição Federal, em especial naquilo que a Carta da República define como fins do Estado, do que decorre o entendimento inequívoco de que direitos e garantias fundamentais são inafastáveis, ainda que possam ser sopesados.

Deste modo, tem-se como regra inultrapassável a noção de que as condições que possibilitam o fator de desigualação entre as pessoas devem poder ser demonstradas, ao mesmo tempo e no mesmo grau, no caso concreto. Admitir-se o contrário é admitir-se a ofensa ilegal e atentatória à superioridade das normas constitucionais, em geral, e ao princípio da igualdade, em particular.

Esta construção intelectual permite concluir que, no nível do postulado, a eleição de um critério-medida, ou seja, de um critério diferenciador justificável, é medida necessária à concretização da norma de segundo grau ínsita ao postulado normativo da igualdade, o que, no plano ideal, somente viabiliza a desigualação das pessoas com vistas à promoção dos *fins* previamente almejados. A desigualação à que nos referimos, portanto, somente pode decorrer

¹⁶⁵ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 171.

da eleição de um critério diferenciador cuja razão de ser seja precipuamente a consecução de um específico fim almejado.

Isto porque a desigualação entre pessoas é vedada por nosso ordenamento jurídico tanto no nível da regra, quanto no nível do princípio e tratando-se o postulado de norma superior que orienta o aplicador e o intérprete do Direito na aplicação da norma comum, não pode o postulado contrariar esta lógica sistêmica.

Considerando-se, enfim, que “os postulados normativos são normas imediatamente metódicas que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras” – é possível afirmar, em consonância com o pensamento de Humberto Ávila, que:

O postulado da igualdade estrutura a aplicação do Direito quando há uma relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Considerada esta característica estruturante, é de ver-se que a aplicação da igualdade enquanto valor, seja como regra, princípio e, especialmente, postulado - é mandatória e que inexistente outro valor, exceto os demais postulados normativos específicos: a razoabilidade e a proporcionalidade, que possa justificar seu sopesamento ou sua mitigação ou, ainda, possibilitar ou viabilizar, dentro do âmbito da legalidade, sua inobservância e inaplicabilidade.

Sendo certo que inexistente, em nosso sistema normativo, valor absoluto, ainda assim, em eventual confronto com outros valores, o postulado da igualdade é norma que se impõe por estar situada no metanível, *i. e.*, no nível superior ao nível do objeto a que se refere a própria norma, razão porque sua não aplicação viola direito fundamental.

É neste sentido que o postulado normativo da igualdade determina e orienta o intérprete e o aplicador do Direito na concretização deste valor.

Razoabilidade e proporcionalidade, no sentido atribuído por Ávila, o de postulados normativos aplicativos, também estruturam a aplicação de outras normas, princípios e regras.

O postulado da razoabilidade estrutura a aplicação “notadamente das regras”, embora seja ampla a gama de sentidos a abarcar-lhe a aplicação.

A característica de estruturar a aplicação notadamente de regras decorre de seu múltiplo uso para designar “razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa”¹⁶⁶, de modo a permitir a noção de que se trata o postulado de verdadeira

¹⁶⁶ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 172

(...) diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar em norma geral.

(...) a razoabilidade é empregada com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.

(...) a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções que passam a ser investigadas¹⁶⁷.

Deste modo, parece coerente afirmar-se que a razoabilidade é valor necessariamente imbricado com a igualdade, de modo que não é possível considerar-se a existência de um sem o outro, já que “a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação”¹⁶⁸.

Por seu turno, a proporcionalidade implica necessariamente a idéia de proporção, sem a qual o direito não encontra sua completude. Direito justo é direito proporcional, noção que resta incontornável no sistema jurídico.

Sua origem [proporcionalidade] reside no emprego da própria palavra “proporção”. A idéia de *proporção* é recorrente na Ciência do Direito (...). A idéia de proporção ultrapassa todo o Direito, sem limites ou critérios (...).

O Postulado da Proporcionalidade [contudo] não se confunde com a idéia de proporção em suas variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?); o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)¹⁶⁹.

Também a proporcionalidade, “como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita”, de modo que seu exame, no caso concreto, dependerá da verificação, prévia e indispensável, da existência de uma “*medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*”.

A aplicação da proporcionalidade, assim entendida em sua perspectiva de postulado normativo autônomo, como se pode depreender da idéia acima transcrita, vai depender da materialização de uma relação de causalidade entre um meio (medida concreta) e um fim (finalidade), ponto no qual, embora postulado independente dos demais – igualdade e

¹⁶⁷ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 172

¹⁶⁸ *Idem*, 2013, p. 176.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 183

proporcionalidade, com eles interagem numa relação recíproca de reforço e complementariedade.

É exatamente esta interdependência sistêmica entre os postulados da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade que robustece a noção de que tais postulados estruturam a aplicação de regras e de princípios, sendo obrigatórios no ordenamento jurídico não apenas por sua estatura de princípios constitucionais, mas também pela força imanente de suas características de postulados normativos aplicativos situados não no nível das normas, mas sobre elas, na orientação de como não podem ser aplicadas em desprestígio dos valores que a Constituição Federal consagra.

Em Ávila se tem a noção de que as “regras são normas imediatamente descritivas”, retrospectivas (aplicadas à situações já ocorridas no plano fático), com “pretensão de decidibilidade e abrangência”, após avaliação de correspondência (subsunção) entre a “construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”, ao passo que “princípios são normas (...) finalísticas, (...) prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”, ou seja, sua aplicação demanda análise de correlação entre a conduta e o estado de coisas a ser promovido pelo direito¹⁷⁰.

Postulados normativos não são regras ou princípios, mas sim normas metódicas “que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”¹⁷¹.

Ao afirmar-se que a aplicação do postulado da igualdade visa estruturar a concretização do Direito “quando há uma relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”, está-se também a dizer que não são ilegais toda e quaisquer discriminação, mas apenas aquelas que não encontram razão de ser porque ou não explicitam um critério válido de diferenciação ou a finalidade da distinção que pretendem fazer, validando-a perante o direito ou a relação entre estes elementos não encontra justificativa por não ser congruente o critério (ainda que seja válido) em razão da finalidade almejada. Dito de outro modo, critério de diferenciação e finalidade da distinção, para serem considerados válidos perante a lei, no caso a Constituição Federal, devem guardar relação de congruência, *i. e.*, devem existir uns em função dos outros. Sem isso, não se pode legitimar quaisquer desigualdades.

¹⁷⁰ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 203.

¹⁷¹ *Idem*, 2013, p. 204.

A relação entre a Teoria dos Princípios e o tema desta dissertação perpassa a questão social do reconhecimento da existência da luta dos homossexuais pelo respeito às suas causas, do que o casamento civil é exemplo, ou o seu direito a existir a seu modo, dentro da organização social. E o reconhecimento do direito ao casamento civil parece confrontar tanto a luta por reconhecimento quanto a teoria dos princípios, ponto no qual se tocam, se aproximam e se imbricam as idéias motrizes deste estudo.

Releva anotar que, considerada da ótica da teoria dos princípios, parece razoável anotar que a negativa do reconhecimento ao direito do casamento civil por par homoafetivo não encontra justificativa teórica válida e compatível com o ordenamento jurídico.

O postulado da igualdade, porque estrutura a aplicação do direito, destoa da negativa de reconhecimento do casamento porque não parece possível estabelecer relação de desigualação entre sujeitos sociais – homossexuais e heterossexuais, somente pela prática sexual diferenciada de cada um. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, veda diferenciações baseadas neste critério. Ademais, ainda que tal desigualação fosse possível, não é possível identificar qualquer relação de congruência entre o critério de diferenciação (sexual) e a finalidade da distinção.

Nesta perspectiva, inexistente argumento jurídico apto a justificar a desigualação civil entre sujeitos por sua mera condição sexual. Reconhece-se que tanto homossexuais quanto heterossexuais são pessoas que nascem protegidas jurídica e socialmente, fato que decorre dos mandamentos constitucionais. A proteção proclamada pelo direito decorre da natureza humana e não da condição sexual que, anote-se, desimporta ao ordenamento jurídico, vez que inexistem normas que diferenciam, do ponto de vista material, pessoas heterossexuais das homossexuais.

Portanto, a teoria dos princípios parece desautorizar a estruturação de qualquer direito que se pretenda ilegitimamente desigualador.

No tocante ao postulado da razoabilidade, é de se observar que não é diretriz jurídica discriminar os homossexuais e diferenciá-los, por sua condição sexual, dos heterossexuais, porque, como já se afirmara, o sistema constitucional vigente impede a desigualação das pessoas com base em sua sexualidade. Portanto, inexistente qualquer vinculação válida, do ponto de vista do ordenamento jurídico, a suportar empiricamente a desigualação pela via do postulado da razoabilidade, razão porque este critério desigualador mostra-se inadequado e impertinente.

Referente ao postulado da proporcionalidade, anote-se que também inexistente causa jurídica apta a estabelecer uma relação válida de causalidade entre um meio e um fim

perceptível que dê suporte a aplicação do postulado. Isto porque a condição de homossexual não é vedada pela lei e, portanto, não se constitui como meio apto a realizar um fim – que sequer é perceptível (ou justificável). A propósito, qual seria o fim de proibir a homossexualidade? E, caso este fim exista, como poderia ele ser atingido? Não seria demais observar que, por força do postulado da igualdade, qualquer fim que visasse desigualar as pessoas com base em sua sexualidade não encontraria amparo no sistema normativo vigente porque este fim seria inconstitucional.

A impossibilidade de se estabelecer relação válida e legítima de compatibilidade entre o critério e o fim almejado desautoriza a adoção de qualquer ação com vistas a materializar a desigualação.

Deste modo, além de não ser possível identificar critério válido que sustente a aplicação do postulado da proporcionalidade, qualquer tentativa de aplicá-lo, no caso do objeto de estudos desta dissertação, encontraria claro obstáculo na legitimidade que se estabeleceria entre o critério discriminatório e o fim almejado.

Considerada a teoria dos princípios, aqui estudada com fins suplementares ao *déficit normativo* da teoria crítica da luta por reconhecimento, é de se inferir que resta dificultada a legitimação da negativa do reconhecimento ao direito do casamento civil aos pares homossexuais, vez que não é possível identificar-se, com amparo na teoria estudada, qualquer critério justificador validamente considerado, seja na ótica dos elementos que compõem a citada teoria, seja em sua necessária compatibilidade com a Constituição Federal.

4 - O PODER JUDICIÁRIO - FUNDAMENTOS UTILIZADOS EM SENTENÇAS JUDICIAIS

Este capítulo é baseado em 16 (dezesesseis) sentenças¹⁷² exaradas por Juízes de Direito de Varas da Família de diferentes Unidades da Federação (Distrito Federal, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Rio de Janeiro) e sua intenção é a de traçar um panorama sobre como a Justiça brasileira tem se manifestado acerca do reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo.

Conforme se afirmara anteriormente, consideradas as especificidades judiciais do direito de família, não foi possível aferir a eventual existência de outras decisões acerca do tema, fato que explica o desconhecimento do exato número de pronunciamentos judiciais sobre uniões homoafetivas, bem como a dificuldade de realização de uma completa pesquisa jurisprudencial, haja vista o fato de a jurisprudência não estar disponibilizada nos sítios dos tribunais de justiça, para consulta pública. Portanto, as 16 (dezesesseis) sentenças a seguir analisadas formam nosso universo de pesquisa¹⁷³.

O Quadro 1, abaixo, permite visualizar, em números absolutos e em porcentagens, os axiomas valorados pelos juízes em suas sentenças, representando os principais argumentos utilizados para justificar e para fundamentar suas opiniões e a decisão final do caso judicial concreto.

Destacamos que a expressiva maioria dos argumentos utilizados pelos juízes encontra convergência nas sentenças, o que significa, de um lado, que a sistemática utilizada nos relatórios de suas sentenças objetiva colocar à prova tais idéias ou opiniões de caráter sociojurídico e, de outro, persuadir eventuais resistências a esse *novo* fato jurídico, que é o casamento homoafetivo.

Na medida em que se fizer a análise e interpretação dos argumentos articulados nas sentenças será possível demonstrar que distintos pontos de vista, opiniões e fundamentos representam uma forma de compreensão da realidade que não pode mais ser entendida como um conflito em uma sociedade democrática como a brasileira, mas sim fato da vida a requerer a mediação da Justiça, por tratar-se de questão social a reclamar reconhecimento de direitos.

¹⁷² As citações das sentenças, a fim de evitar sua identificação, utilizarão o seguinte código: SENTHOMO1 a SENTHOMO16.

¹⁷³ Cf. em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t>

QUADRO 1: Argumentos utilizados pelos juízes em sentenças judiciais relativas ao casamento homoafetivo no Brasil

Argumentos utilizados de forma explícita por juízes	TOTAL		Existência do Argumento	
	Nº Abs.	%	Sim	Não
Preceito constitucional da igualdade das pessoas	15	100,0	93,4	6,6
Princípio da dignidade de todos os seres humanos	14	100,0	87,5	12,5
Não se pode negar a plenitude dos direitos de cidadania	13	100,0	81,2	18,8
Repúdio a qualquer forma de preconceito e discriminação	13	100,0	81,2	18,8
Liberdade de escolhas pelos indivíduos	8	100,0	50,0	50,0
A busca da felicidade humana (realização pessoal)	5	100,0	31,2	68,8
Necessidade de levar em conta novos arranjos ou configurações familiares (de forma não-reducionista)	14	100,0	87,5	12,5
Relações humanas permeadas mais pela afetividade do que pela biologicidade	8	100,0	50,0	50,0
Necessidade de promover o bem-estar de todos (sociedades estáveis, justas e humanitárias)	5	100,0	31,2	68,8
Necessidade de oferecer segurança jurídica às uniões homoafetivas (respeitar a eficácia do Direito)	13	100,0	81,2	18,8
Respeito às garantias e direitos fundamentais	13	100,0	81,2	18,8

FONTE: Elaboração pelo próprio autor, a partir de 16 sentenças analisadas.

Dos 11 (onze) argumentos mais frequentemente utilizados na totalidade das sentenças, 7 (sete), *i. e.*, 63,6% (sessenta e três, seis por cento) repetem-se sistematicamente, o que possibilita inferir que se tratam de argumentos que podem razoavelmente contrapor-se a

alguma eventual resistência, de caráter social ou mesmo religioso, contrária ao reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo.

Consideramos que estes argumentos - que são amplamente utilizados pelos Tribunais Superiores em decisões anteriores às sentenças aqui estudadas - constituem um modo ou uma tática de ampliação do conhecimento e compreensão da sociedade a respeito das uniões homoafetivas, tema que ainda é objeto de muitos debates na sociedade.

Observamos que há um caráter ou uma visão sociojurídica plenamente identificável nas sentenças ora analisadas, pois estas refletem uma prática social crescente na sociedade brasileira, a qual se articula à uma ação de natureza jurídica, para que, em auxílio à aplicação da legislação, as demandas nelas contidas tenham o reconhecimento como resultado da humanização das relações afetivas que culminam no casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Embora desconhecido o número de processos e, como já se afirmara, de sentenças judiciais que tratam do tema da união e do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo ou mesmo de pedidos de habilitação para o casamento homoafetivo no Judiciário brasileiro, inexistindo inclusive, até o momento, qualquer quantificação de tais demandas - há notícias, em diferentes meios de comunicação, que indicam este número tem aumentado na medida em que as pessoas vão tendo seus direitos garantidos e respeitados pela sociedade¹⁷⁴.

O já citado julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ¹⁷⁵ e da ADI nº 4.277/DF¹⁷⁶ pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2011 – por versarem sobre temas com objetivos convergentes – pode ser considerado um marco regulatório constitucional no Poder Judiciário, na medida em que conferiu, tanto ao § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, quanto ao art. 1.723 do Código Civil de 2.002¹⁷⁷, interpretação conforme à Constituição Federal, para deles excluirm qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Este julgamento do STF reconheceu a união homoafetiva *apenas* como união estável e sua configuração como entidade familiar, ou seja, reconheceu um novo tipo de arranjo

¹⁷⁴ Um mês após a entrada em vigor da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinou o casamento homoafetivo no país, os cartórios das principais capitais brasileiras celebraram 231 casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Uma média de 10,5 celebrações por capital pesquisada, segundo levantamento da Associação Nacional de Pessoas Naturais (Arpen-Brasil), entidade representativa dos Cartórios de Registro Civil. A pesquisa é relativa ao período de 16 de maio, data de início da vigência da Resolução, e 16 de junho. Cf. Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-30/resolucao-cnj-cartorios-celebram-231-casamentos-gays>. Pesquisado em 8/11/2013.

¹⁷⁵ ADPF 132/RJ, *op. cit.*

¹⁷⁶ ADI 4277/PGR, *op. cit.*

¹⁷⁷ Este artigo reconhece 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.

familiar ou de família. Esta decisão tende a afastar qualquer interpretação discriminatória da união estável entre pessoas do mesmo sexo, removendo o obstáculo da literalidade da norma legal para permitir a constituição familiar homoafetiva, não tratando de qualquer *outra forma* de família que não a decorrente da união estável. Disto decorre a compreensão de que o casamento homoafetivo *não foi reconhecido*, até então, nem de forma ampliativa dos efeitos da decisão, nem de modo automático e, para que este reconhecimento seja feito, os homossexuais ainda dependem do pedido judicial, no caso concreto, e do entendimento isolado de cada juízo.

4.1. Vazio normativo e omissão legislativa

Das sentenças ora analisadas, em 12 (doze) é possível observar a referência ao “vazio normativo” ou à “omissão legislativa” quanto às relações homoafetivas, como resultado de considerações de ordem moral formuladas por grupos sociais conservadores, *vide gratia*, “em grande parte atrelados às instituições religiosas”¹⁷⁸.

O argumento tem como pressuposto a idéia de que, como os casos de união homoafetiva têm *batido às portas* do Poder Judiciário em face da ausência de normatividade, tais circunstâncias não podem ser ignoradas seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender as demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, como a brasileira, a fim de albergar, na esfera das entidades familiares, os mais diversos arranjos vivenciais das pessoas.

Assim se refere um dos juízes em sua sentença:

O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. (...)

Deve o juiz, nesta evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

A defesa dos direitos em plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, e, tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável.

¹⁷⁸ SENTHOMO4, pág. 5.

A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso¹⁷⁹.

Ao afirmar que a norma jurídica atual veda discriminações, o trecho acima demonstra que o juiz se refere à esfera moral do direito. Esta moral referida *não* é a moral religiosa, mas sim aquela decorrente de um conjunto de princípios e preceitos. São normas de conduta, valores e ideais de vida. Ou seja, chama de moral um *modelo ideal de boa conduta* socialmente estabelecido que reflete determinada forma de vida e convivência humana. Neste compasso, seria imoral ou desonesta toda conduta ou doutrina que contrariasse a regra moral prescrita, e que pudesse se contrapor à garantia de direitos iguais para todos:

A questão envolvendo os direitos relativos às uniões homossexuais pertence, realmente, à esfera moral. Mas não à falsa moral de alguns conservadores e retrógrados que insistem em negar a proteção e salvaguarda da justiça a seres humanos que escolheram conviver embasados em sentimentos de amor e afeto fora dos ‘padrões’ socialmente convencionados, numa tentativa frustrante de tentar demonstrar que a sociedade e seus valores são estáticos no tempo e no espaço. Ao falar em moral, deve-se ter em mente que esta deve, sobretudo, enfatizar a guarda e respeito da justiça de maneira igual para todos. Quem quer que seja privado daquilo que lhe é devido estará sofrendo a agressão de um ato imoral. E os parceiros homossexuais, ao não terem seus direitos respeitados e salvaguardados, estão sendo vítimas de uma imoralidade que, no mínimo, deve ser reformulada ou revista, sob pena do Judiciário brasileiro atravessar décadas enaltecendo a injustiça para alguns em prol da falsa moral de outros¹⁸⁰.

Também o Ministro Luiz Fux, também tratando de moral, defendeu, em seu voto, no STF, que “o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual”¹⁸¹.

Tratando da questão, mas sob a ótica de que a Decisão em curso presumivelmente poderia vir a ser acusada de ativista, o Ministro Celso de Mello, refutando esta idéia, defendeu que:

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir

¹⁷⁹ SENTHOMO16, p. 3

¹⁸⁰ SENTHOMO3, p. 4

¹⁸¹ STF. **Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4.277/ Distrito Federal**. Relatório dos Ministros, p. 614-615.

a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República¹⁸².

O referido Ministro acredita que, neste caso, constatado que os órgãos do Poder Público teriam se omitido ou retardado, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, caberia ao Poder Judiciário concretizar os direitos fundamentais vindicados, especialmente em face dos comportamentos estatais ofensivos ao sistema principiológico da Constituição.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal. (...)

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (...) nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.

Este voto, no tocante ao “vazio normativo” e à “omissão legislativa” quanto à questão do casamento homoafetivo, reveste-se de singular importância no contexto deste estudo, uma vez que o Ministro Celso de Mello afirma que esta decisão do STF, além de ter “plena legitimidade jurídico-constitucional”, representa um “verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País”.

Acrescenta, como aspecto vital de seu voto, que o STF

não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a consequente proteção dos direitos das minorias), a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

E, com estes argumentos, declarou ser obrigatório o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que estejam atendidos os requisitos exigidos “(...) para a constituição da união estável entre homem e mulher (...) com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo”.

¹⁸² Voto do Ministro Celso de Mello, pp. 867-872.

Quanto à essa questão, enfatizou o Ministro Celso de Mello que o referido julgamento do STF, ao conter uma questão constitucional de transcendência e ao oferecer alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica, adota um “comportamento afirmativo do Poder Judiciário”, resultando assim numa “positiva criação jurisprudencial do direito”, ao suprir “as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado”, cumprindo assim sua “missão constitucional” e demonstrando “com esse gesto o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República”.

Na existência de “vazio normativo”, os juízes se propõem a analisar e a decidir os fatos contidos nos autos dos processos de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Portanto, à inexistência de previsão normativa que ampare determinada demanda judicial, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, o Juiz deve lançar mão da “integração analógica”. Assim afirma o Ministro Lewandowski em seu voto:¹⁸³

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Para fundamentar em que circunstâncias essa ação do juiz deve ser utilizada, busca no ensinamento de CANOTILHO os esclarecimentos necessários:

A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de ‘obtenção’ do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente fricante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva** e uma **integração analógica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de ‘decisão’ (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se

¹⁸³ STF. **Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4.277/ Distrito Federal**. *op. cit.*, p. 714

encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao ‘plano’ de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional (grifos no original)¹⁸⁴.

No caso, para que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura possa ser identificada como uma entidade familiar apta a merecer proteção do Estado, a utilização do instrumento metodológico da integração não visa a

(...) substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar¹⁸⁵.

Nestas considerações, também fica explicado o uso de princípios gerais do Direito para fundamentar uma decisão judicial em caso de vácuo normativo, quando se procura retirar da clandestinidade jurídica em que se encontram no plano fático determinadas relações sociais – como as relações homoafetivas –, reconhecendo-lhes a existência no plano legal.

É precipuamente neste sentido que se expressa um dos Juízes em sua sentença:

Diante desse estado de coisas, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de intérprete da lei, deve estar atento ao ruído, quiçá estrondo, das marchas sociais; ciente que “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e/ou integrá-lo na realidade social”, na dicção brilhante do constitucionalista alemão Peter Häberle¹⁸⁶.

Ao revés das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, que se fundam em dogmatismos ultrapassados, me perfilo ao entendimento de que, qualquer dispositivo de lei que venha a constituir embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, deva ser abolido do sistema jurídico vigente, por intermédio de um acurado procedimento hermenêutico, ou seja, através de uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito¹⁸⁷.

Quanto aos costumes, é pressuposto que esta temática da união de pessoas do mesmo sexo representa uma realidade incontestável, também na atualidade, que vai se afirmando nas

¹⁸⁴ Citando CANOTILHO, GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1234-1235.

¹⁸⁵ STF. **Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4.27/ Distrito Federal**. *op. cit.*, p. 718.

¹⁸⁶ Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 10.

¹⁸⁷ SENTHOMO1, p. 12.

sociedades. Comparando o atual Código Civil e os anteriores, assim se manifesta um juiz em sua decisão:

Os tempos são outros, e a união estável de pessoas do mesmo sexo constitui uma realidade imposta ao Direito. Seus operadores devem enfrentá-la desapegados de dogmas religiosos e preconceitos sociais. Isso porque, a sociedade convive com ela. As estatísticas mostram que 10% a 15% da população nacional é composta de uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, o que representa mais de 20 milhões de pessoas. E continua: Na definição de Karl Engisch, o Direito é, historicamente, produto de interesses; como tal, deve ser visto como algo que está a serviço da sociedade. Destinado a resolver e pacificar os interesses particulares e coletivos, não deve existir constrangimento quando mudanças na sociedade exigem configuração diferente das leis e alteração da interpretação dos comportamentos¹⁸⁸.

A fim de balizar este entendimento, torna-se necessário utilizar o conhecimento produzido por outras ciências que também se prestem a indicar novos rumos ao Direito. Esta é a visão de um juiz, para quem:

A todos vós posso afirmar com irrefutável segurança que o Direito deve buscar, também em outras ciências, sobretudo sociais e humanas, apoio e parceria para afirmar seus princípios, reorganizando, metodologicamente, estudos e pesquisas. (...) Outras ciências indicam novos rumos ao Direito. De fato, outras fontes de saber oportunizam que se reflita sobre a resistência dos operadores jurídicos em garantir o direito constitucionalmente assegurado àquelas pessoas cuja orientação sexual se dirige a indivíduos do mesmo sexo¹⁸⁹.

O mesmo entendimento foi manifestado por juiz, quanto à esta questão:

Tal posicionamento veio ao encontro da evolução dos costumes e da mudança de valores e conceitos de moral e pudor da atual sociedade, pois esta não pode mais ignorar ou continuar colocando na marginalidade as relações homossexuais, ainda que sua grande maioria seja composta de heterossexuais¹⁹⁰.

Deste modo, resta demonstrado que a omissão legislativa não constituiu barreira para que o Poder Judiciário, por seus membros, conhecesse, analisasse e julgasse o pedido de reconhecimento das uniões homoafetivas, comportamento que encontra ressonância na idéia de que a concretização do direito – em prestígio ao postulado normativo da igualdade – não encontra obstáculo na ausência da norma prescrita no ordenamento jurídico.

4.2. Realidade imposta ao Direito

O casamento homoafetivo pode ser entendido como uma realidade social que se vai impondo ao Direito, razão pela qual 13 (treze) dos juízes utilizam desse argumento para

¹⁸⁸ SENTHOMO6, pp. 10-11.

¹⁸⁹ SENTHOMO3, p. 2.

¹⁹⁰ SENTHOMO11, p.1.

fundamentar suas decisões, referindo-se à necessidade de oferecer segurança jurídica também às uniões homoafetivas, respeitando e concretizando a eficácia do Direito.

Um dos juízes, atento a esta nova realidade, assim afirmou:

Os tempos são outros, e a união estável de pessoas do mesmo sexo constitui uma realidade imposta ao Direito. Seus operadores devem enfrentá-la desapegados de dogmas religiosos e preconceitos sociais. Isso porque, a sociedade convive com ela. As estatísticas mostram que 10% a 15% da população nacional é composta de uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, o que representa mais de 20 milhões de pessoas¹⁹¹.

Outros juízes lembraram, por exemplo, que o Censo Demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, revelou que havia no Brasil mais de 60 mil famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, embora o número possa ser bem maior, “(...), uma vez que a pesquisa é anterior ao julgamento do STF (2011), quando muitas famílias ainda não declaravam que eram formadas por pessoas do mesmo sexo”¹⁹².

Neste contexto populacional e com vistas ao reconhecimento igualitário de direitos, mandamento constitucional, o argumento sociojurídico validado pela maioria dos juízes se demonstra perfeitamente no entendimento de um dos juízes, que entende que:

Negar o acesso a estas pessoas aos mesmos direitos civis que gozam as pessoas heterossexuais configura uma forma legalizada de segregação e isso não representa o espírito da Constituição Federal. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana foram erigidos à categoria de direitos fundamentais com a finalidade de agregar e não excluir, acabar com as desigualdades, não criar barreiras¹⁹³.

Trata-se de um argumento sociojurídico porque o casamento homoafetivo tem como protagonistas duas pessoas do mesmo sexo que querem se unir em casamento, formando uma família, e para isso precisam (ou precisavam) de um amparo jurídico propriamente inexistente. Enquanto sujeitos de direito, criaram uma expectativa normativa com relação ao Direito, e esse lhes forneceu um aparato ou uma decisão a seu favor, em defesa de seus legítimos direitos.

A partir de decisões dos Tribunais Superiores, passou a haver uma generalização da dimensão normativa relacionada ao casamento homoafetivo, criando uma estrutura jurídica apta a atender e orientar as pessoas, em suas legítimas expectativas.

Pode-se dizer que foi criado, assim, um instrumento de orientação para a conduta social das pessoas, apesar do “vazio normativo” ou da “omissão legislativa” existente até então.

¹⁹¹ SENTHOMO6, p. 10.

¹⁹² SENTHOMO12, p. 3.

¹⁹³ SENTHOMO6, p. 10.

Este entendimento social, político e jurídico foi apreendido pelas cortes superiores que, por seus membros, passaram a ressaltar a necessidade de que o Direito viabilizasse a atualização da interpretação das regras, no mundo contemporâneo. Este é, por exemplo, o entendimento do Ministro Salomão, do STJ, para quem:

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores¹⁹⁴.

O Ministro afirmou que o Brasil ainda caminha a passos lentos no reconhecimento de direitos dos casais homoafetivos e que tal lentidão caracteriza a urgência da necessidade de sintonia entre o mundo dos fatos e o direito para a efetivação da proteção que o cidadão homossexual anseia e merece do Estado, tendo concluído que:

Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos¹⁹⁵.

4.3. Premissas fundamentais para acolhimento das causas.

A maioria dos juízes, na apreciação e acolhimento das causas relativas ao casamento homoafetivo, apresentou, embora nem sempre de forma organizada e completa, distintas premissas que são fundamentais à apreciação do mérito, também entendidas como requisitos para verificação da pertinência temática da controvérsia constitucional, como pode ser observado no QUADRO 1.

O Ministro Fux resume estas premissas fundamentais, salientando, inclusive, que várias delas vinham bem retratadas nas petições iniciais e em diversas manifestações dos *amici curiae*. São as seguintes¹⁹⁶:

¹⁹⁴ SALOMÃO, Luis Felipe. Relatório do Ministro – **Recurso Especial nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8)**, em que o recorrido é o ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, p. 11.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 19. Para o Ministro, são exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas Unidades Federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de *Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont*.

¹⁹⁶ Em seu voto, o Ministro Luiz Fux organizou e reafirmou estas premissas, na medida em que vinham retratadas nas petições iniciais e em diversas manifestações de entidades representativas da questão homoafetiva, e que atuaram como interessadas na causa.

- **A homossexualidade é um fato da vida:** há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – nem sempre públicos, seja por questões de foro pessoal ou, ainda, para evitar a discriminação – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população;
- **A homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual:** é de curso corrente a percepção relatada pelos diversos *amici curiae*, envolvidos nas ações apreciadas pelo STF, de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas apenas uma *característica da personalidade do indivíduo*. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte própria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência. Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que *um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é*. Na verdade, *a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade*. Determinada – ou pré-determinada – a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.
- A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: **a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença**. É, apenas, um modo de ser.
- A quarta das premissas é a de que **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida**. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE atualmente há mais de 60 (sessenta) mil uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

- A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas**. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos. Poder-se-ia dizer, com algum *cinismo*, que se trata de “ato jurídico inexistente”, *vetusta e míope categorização*, felizmente há muito abandonada. É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de “ato jurídico inexistente”, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* - onde está a sociedade, está o direito – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

Neste compasso, portanto, conclui o Ministro Fux que:

a *vexata quaestio*, pois, não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que sim. Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher.

É de se observar, quanto a este tópico, que o entendimento do Ministro Fux coincide com o que dissemos acerca da experiência do preconceito vivido pelo casal homoafetivo, sobre cujos fundamentos tratamos no capítulo 1¹⁹⁷.

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Fazemos especial referência às obras de CROCHIK, 2006, *op. cit.*, p. 13 e MELLO, 2013, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁸ Voto do Ministro Luiz Fux, pp. 666-668.

4.4. Tema ainda impregnado de preconceitos

Todas as sentenças analisadas reconhecem que a união conjugal e o casamento homoafetivo estão impregnados de preconceitos, ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira, não exclusivamente, mas essencialmente nos moldes da discussão teórica apresentada no capítulo 1, que tratou da experiência do preconceito.

Um dos juízes sentenciantes acentuou que a dinâmica do Direito é, sobretudo, um combate à estigmatização de grupos sociais, fato que destoaria da atual Constituição federal, que é fruto de um processo social objetivando a isonomia de direitos e um claro combate aos diversos panoramas discriminatórios havidos no Brasil. Como afirma esse juiz:

Vale lembrar que a história brasileira é marcada por casos de opressão de minorias étnicas, escravidão de povos, marginalização de casais formados em casamentos que à época eram indissolúveis, destrato em relação a filhos adotados ou tidos fora do matrimônio, a ineficiência da tutela jurisdicional no combate à violência doméstica¹⁹⁹.

Pouco mais da metade dos juízes consideram que a inserção da terminologia exclusivamente heteroafetiva na Constituição Federal e em outros textos legais é resultado da pressão política de grupos conservadores, em grande parte atrelados às instituições religiosas, bem como é também resultado da omissão legislativa, pelos citados e mesmos motivos.

Assim esclarece este Juiz, afirmando que:

Em que pese legítimo e livre o exercício de suas convicções políticas e teológicas, respeito igual merece ser dado àqueles que não compartilham com a mesma visão de mundo. Se há liberdade de escolha de credo, idêntica liberdade é conferida à formação das relações afetivas. Ademais, nossa atual forma de Estado preserva a laicidade, separando-o de qualquer religião, ainda mais nesse país, em que há um incontável número de crenças²⁰⁰.

No mesmo sentido, outro juiz assim se expressa:

(...) é bom lembrar, para que não haja dúvida alguma quanto às fontes de interpretação utilizadas, que não cabe o uso da dogmática religiosa.

As interpretações das religiões em temas de interesse da sociedade são, em sua maioria, muito duras, quando conflitam com seus dogmas. O problema é que a sociedade se modificou muito no último século, resultado da secularização, de modo que ela apresenta novas relações, novas necessidades, que as religiões, engessadas por dogmas, não conseguem se adaptar²⁰¹.

Referindo-se à essência do conceito de democracia, outro juiz entende que:

¹⁹⁹ SENTHOMO4, p. 5.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ SENTHOMO6, p. 8.

(...) consiste na busca de soluções negociadas, sem apelo para a violência, para os diversos conflitos que não deixam de vicejar no seio da sociedade. Neste contexto, há a necessidade de se respeitar a pluralidade nascida na heterogeneidade de convicções. Há, portanto, uma necessidade de que se entenda e promova uma sociedade plural, onde convivam diferentes visões que, apesar das divergências, admita uma sintonia, que possibilitem uma convivência pacífica. A convivência cultural destes inúmeros segmentos passa a ser um exercício democrático diário, cujo processo de decisão e normatização somente são legítimos quando concorrem vontades inclusivas e discursivas de todos os segmentos sociais.

Esclarecido tal fato, tem-se que um dos nortes a serem seguidos para esta convivência harmônica é a tolerância, que assume relevante papel como mediador dos conflitos existentes entre os vários grupos sociais e instrumentos, eficaz para uma democracia plena. (...)

A tolerância reconhece, antes de tudo, a liberdade do indivíduo não só para eleger as convicções que irão orientar o seu modo de vida sem ser molestado, mas também para trocá-las ou abandoná-las a qualquer momento. Sua finalidade é instrumental, pois tem por objetivo permitir a paz pública na convivência com a diferença.

Nesta perspectiva, não fica difícil vislumbrar como a tolerância está intimamente associada aos direitos e liberdade individuais. Inicialmente associada à liberdade religiosa, a tolerância também exigiu o reconhecimento da liberdade de pensamento, com o reconhecimento da existência de uma consciência individual e de espaços íntimos de cada um que são indevassáveis.

A filosofia da tolerância permitiu que fossem delineados os primeiros conceitos de liberdade, que se traduziam no conceito de liberdade negativa, que protege aquele espaço íntimo da consciência, livre de coações e de interferências externas. Deste modo, embora seu conteúdo inicial visasse à defesa da liberdade religiosa, passou-se depois a abranger a defesa de qualquer liberdade²⁰².

Citado por diversos juízes como uma espécie de paradigma, o voto exarado pela Ministra Carmen Lúcia ressalta que:

a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano²⁰³.

Ao declarar, em seu voto, a procedência das ações, assim concluiu seu pensamento:

Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual.

Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais. E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem

²⁰² SENTHOMO9, p. 2.

²⁰³ Complementa seu voto lembrando que “Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados”.

repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual.

(...) É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito²⁰⁴.

Neste contexto, portanto, a Constituição Federal traz como cláusula pétrea inserida nos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana como um dos elementos fundamentais do estado democrático de direito, o que significa dizer que qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais há de ser plenamente abolida.

4.5. Princípio da Igualdade e da Dignidade Humana.

Todos os dezesseis juízes fundamentam suas sentenças nos direitos previstos nos artigos da Constituição Federal, tendo por alicerce os princípios do respeito à dignidade humana, o direito à igualdade e à isonomia de tratamento de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclusive de sexo. Quinze (15) sentenças, ou noventa e três vírgula quatro por cento do total (93,4%), classificam a decisão do STF como uma *decisão histórica* que veio ao encontro do princípio constitucional da igualdade de todos os cidadãos e, por decorrência lógica, de sua dignidade como seres humanos, abominando quaisquer formas de discriminação.

Assim se manifesta um dos juízes:

Firmando minha convicção, começo por aclarar que o caso revelado pelos meandros destes autos, transcende a uma simples questão de usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88) e proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88). Resvala, numa luminosa evidência, na matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia. Isso porque, numa sociedade democrática, na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas²⁰⁵.

E continua no esclarecimento de suas convicções para definir seu julgamento:

²⁰⁴ Voto Ministra Carmem Lúcia, pp. 696-697.

²⁰⁵ SENTHOMO1, p. 9.

A compreensão literal de tais dispositivos criará, com efeito, uma odiosa e confinante marginalização social de pares, que acabará por estrangular a democracia e, via oblíqua, o próprio Estado Pluralista de Direito.

Não mais se admite, que vencida a primeira década do século XXI, seja negada a uma parcela de cidadãos, sob as mais torpes justificativas, a plenitude de seus direitos.

Num Estado Democrático não há guarida para cidadãos de “segunda classe”, “quase cidadão” ou “meio-cidadão”, de quem são usurpados a fruição de direitos e garantias fundamentais, notadamente, o direito personalíssimo à livre escolha sexual e à constituição de família com acesso direto e/ou indireto ao casamento.

Nesse sentido há ser entendida a importância da existência de um Estado laico ou não-confessional, como se consolidou no Brasil com a da separação do Estado e da Igreja, desde o advento da República (Decreto nº 119-A, de 17/01/1890), haja vista que esta é uma premissa básica no acolhimento de todos os segmentos que compõem a sociedade brasileira na construção de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” – como preconiza o preâmbulo da nossa Lei Maior.

Sustentar o contrário parece-me postura de quem lança os próprios olhos em sentido contrário, para não ter que enxergar os enfáticos e irmanados conceitos constitucionais de diversas matizes e seus efeitos irradiantes no campo da moral, da ética, da cultura e do próprio Direito.

Cada juiz se manifesta de um modo diferente em suas sentenças, ora aprofundando mais suas convicções, ora simplesmente se reportando ao que determinam a lei e julgamentos anteriores, como o do STF.

É de um dos juízes analisados o entendimento seguinte:

(...) se o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal (princípios da igualdade e dignidade da pessoa), para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar, é porque **o entendimento consolidado na Corte Maior é de que no nosso atual sistema já não subsiste a diferenciação jurídica entre homens, mulheres e homossexuais ou, para ser mais específico, entre homossexuais e heterossexuais.** Portanto, concluiu-se que não se justifica tratamento distinto dos dois e que os direitos civis devem estender-se, por analogia, aos homossexuais. (...)

Examinando a questão à luz das observações de Alf Ross, é possível sustentar *cum grano salis* que o Supremo Tribunal Federal afirmou que **não há mais distinção, no âmbito dos direitos civis, entre sujeitos heterossexuais e homossexuais (...)**²⁰⁶.

Depreende-se que o entendimento supracitado determina observância e respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que versam justamente sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais, pelo seu componente subjetivo, como limites à atuação estatal em face do indivíduo. Baseando-se e citando CANOTILHO, para quem uma das principais funções dos direitos fundamentais, senão a principal, é justamente a da “não discriminação”, noção que reafirma a importância tanto da luta por reconhecimento de direitos dos homossexuais quanto a observância do valor da igualdade.

²⁰⁶ SENTHOMO6, pp. 6-7. Cita Alf Ross. **Direito e Justiça**. Edipro, 2 ed., 2007, p. 197.

Como bem esclarece um dos juízes:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. (...) É ainda com uma acentuada radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva²⁰⁷.

Para este mesmo juiz, o Estado Democrático de Direito não pode se furtar à promoção do necessário equilíbrio entre os valores sociais da cidadania, quais sejam: “a tolerância, o princípio da maioria, o respeito às minorias, os direitos fundamentais, a justiça social e o bem comum”, apontando-os como rol fundamental à ampla efetivação da igualdade como valor constitucional e legal.

Corroborando o entendimento da maioria dos juízes, quanto a este ponto específico da discussão deste estudo, colacionamos, ainda, os seguintes argumentos apresentados por dois dos juízes, que consideramos como uma síntese e uma conclusão do pensamento majoritário no âmbito das dezesseis sentenças sob análise:

Em consonância com o objetivo de promover o bem de todos (art. 3º, IV da CF), inevitável pensar em “todos” como **todas as pessoas**, logo indispensável trazer a esta fundamentação, o princípio da dignidade da pessoa e, por ser o princípio mais amplo consagrado na Constituição Federal, apenas reafirmo que a concretude deste princípio depende da capacidade do Estado de tratar a pessoa a partir da máxima Kantiana de que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas. A limitação da possibilidade de exercer a intimidade sexual de acordo com o desejo do sujeito atenta contra a dignidade. E a garantia de um direito (no caso o casamento) a quem é heterossexual e sem que haja a permissão do mesmo direito ao indivíduo homossexual é uma limitação de direito, posto que deixa de enxergar a pessoa como um fim em si mesmo²⁰⁸.

A exemplo, dentre outros múltiplos possíveis, lanço o foco mais aceso ao preceito constitucional da igualdade, erigido à categoria de direito fundamental, que exorta que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput, CF/88) e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I, CF/88).

Os conceitos constitucionais, em suas diferentes categorizações, foram encampados pela Carta Maior para que a nação brasileira possa caminhar, mais resoluta e facilmente, em direção a si mesma, de tempos em tempos assinando o mais eloquente atestado de evolução democrática ao alcançar o status de uma civilização avançada, na qual preconceitos ancestrais, vertidos às minorias, dentre as quais se incluem os cidadãos homoafetivos, sejam combatidos e extirpados do seio social.

Cumprе ressaltar que, em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia, manifestando-se quanto ao princípio da igualdade entre todas as pessoas, na linha da perspectiva teórica discutida no

²⁰⁷ SENTHOMO9, p. 3.

²⁰⁸ SENTHOMO12, p. 5.

capítulo 3 desta dissertação²⁰⁹, reafirmou que aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Seu entendimento foi assim exarado:

A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inc. III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. **Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe** porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”²¹⁰.

São “desiguais em sua cidadania” aqueles que não têm seus direitos legitimamente garantidos, como se fossem “cidadãos de segunda classe”, como se a ordem jurídica devesse ser aplicada diferentemente às pessoas em função de algumas de suas características, quaisquer que sejam.

O Ministro Celso de Mello também proclamou o entendimento de que a igualdade é valor cuja observação a todos importa, vez que:

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Neste voto, esclarece o ministro que esta afirmação não pode ser entendida como uma *proclamação retórica*, mas como um reconhecimento - que decorre das *lutas* travadas primeiramente pelo indivíduo, em seu processo de autoconhecimento e, depois, de

²⁰⁹ ÁVILA, 2013, *op. cit.*

²¹⁰ Voto Ministra Carmem Lúcia, pp. 701-702.

singularização, bem como, posteriormente, pelos grupos sociais, a exemplo da luta por reconhecimento discutida por HONNETH²¹¹, e que emerge do quadro das liberdades públicas – das quais resulta a legítima compreensão de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Neste contexto, acentua que o STF, pela natureza eminentemente constitucional da cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, deve velar pela integridade dessa proclamação, pois assim estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.

E, continua seu voto:

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, estimula a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões – como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal – que põem termo a injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo, possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.

Salienta o referido Ministro que, com esse julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

Aproximadamente um terço dos juízes, fundamentados especialmente nas considerações feitas por ministros do STF, trazem à pauta o direito à busca da felicidade humana como requisito à realização da pessoa, elemento insuperável da busca humana por realização, como um verdadeiro postulado constitucional implícito e como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da *essencial* dignidade da pessoa humana, razão porque não pode desta ser desarticulado.

²¹¹ HONNETH, 2011, *op. cit.*

O Ministro Celso de Mello, quanto a este aspecto, reconhece

(...) que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

Apoiando-se e citando *Stephanie Driver*, também qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas:

Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica²¹².

Neste contexto, o referido Ministro acentuou, em sua reflexão, que a busca da felicidade qualifica-se como mais do que mero direito:

O postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais²¹³.

Por estas razões, quanto a este ponto, concluindo suas considerações, entendeu ser irrecusável:

(...), desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar²¹⁴.

A busca da felicidade de uma pessoa singular ou de duas pessoas que desejam se casar, sejam elas homossexuais ou heterossexuais, significa, como se pode depreender, a procura do que é melhor para ela mesma e para aquelas a quem ama, como protagonistas de

²¹² DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos. Tradução de Mariluce Pessoa**. Jorge Zahar Editor Ltda. São Paulo. 2006, pp. 32-35.

²¹³ STF. **Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4.277/ Distrito Federal**. Relatório dos Ministros, pp. 836-840

²¹⁴ *Idem*, voto do Ministro Celso de Mello, *op. cit.*, pp. 852-861.

uma existência que precisa de significado(s) e de realizações, ou seja, existência que se completa com bem-estar, estado natural da felicidade.

Esta busca é própria do ser humano que procura em suas relações sociais oportunidades de mudanças *do e no* ambiente em que vive, seja como *autor* ou *ator*; é própria do ser humano que deseja alcançar um propósito para a missão de vida por ele estabelecida, e que exige o concurso de uma outra pessoa para alcançar a satisfação com a vida.

Outra via para a felicidade de uma pessoa é a do compromisso, o que se relaciona com a busca de gratificação para o existir, por meio de experiências humanas que a envolvam completamente, como é o caso do casamento, pelo seu significado social e jurídico.

O casamento, como um meio de alcançar a felicidade, exige a utilização de todas as competências humanas à serviço de algo maior do que o próprio eu, como forma de realização humana a partir da perspectiva do eu no outro, criando um “nós”, contexto no qual a busca da felicidade (na união homoafetivas) também significa a possibilidade de concretizar uma aspiração social e o desejado bem-estar, perspectiva fundamental ao reconhecimento de direitos, inclusive o que determina respeito à integralidade da dignidade humana.

4.6. Mudanças no conceito de família

Todas as dezesseis sentenças analisadas requerem a conversão da união estável homoafetiva em casamento, sendo que da análise de seus fundamentos destaca-se um *novo* preceito constitucional, que amplia o conceito de entidade familiar e até mesmo de família.

Nos estritos termos do art. 226, da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e terá proteção especial do Estado²¹⁵. Para efeitos dessa proteção, o conceito de família foi ampliado, com vistas a reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Dos dezesseis juízes, 75% apoiam-se em votos dos membros do STF ou no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, do STJ, exarado à época em que foi relator de recurso especial – Resp., em que duas mulheres, alegando relacionamento estável, público, duradouro e com fins de formação de família, havia três anos, requereram habilitação para a celebração do casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre - RS, pedido este que lhes fora negado pelos respectivos titulares. Nos autos do Resp., o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul se encarregara da defesa do Estado e, portanto, era o recorrido.

²¹⁵ Como afirma o Ministro Salomão: “Sem ressalvas, sem reservas, sem ‘poréns’”, quanto à forma de constituição dessa família.

Em ambos os casos, tanto o pedido de reconhecimento da União Estável homoafetiva, quanto o do Casamento, as partes envolvidas postulavam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, de modo a gozar do reconhecimento que o Estado, como regra geral e em decorrência de norma escrita tanto na Constituição Federal (§ 3º, do art. 226, CF) quanto no Código Civil vigente , em seu art. 1.723, concede à união estável entre homem e mulher.

Entendemos que tal pedido e seus fundamentos constitucionais encontra fundamento nas teorias tanto de HONNETH quanto de ÁVILA porque, por um lado, refletem justamente a luta por reconhecimento de direitos, decorrência natural da consciência de si-próprio que o ser singular adquire ao ver-se confrontado e negado no outro, diferente, mas autônomo e, por outro lado, concretizam a igualdade como valor superior, de observação obrigatória e a todos imposto, que se materializa tanto no princípio quanto na garantia da própria igualdade, instrumento a serviço da cidadania, ambos com assento constitucional, no artigo 5º, caput, da Carta da República.

Neste diapasão, também o Ministro Fux, ao interpretar o *caput* do art. 226, da Constituição Federal, verificou tratar-se de garantia institucional, a da família, que serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de reconhecimento e de concretização de direitos fundamentais. Citando BONAVIDES, esclareceu que a referida garantia institucional está em

assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, (...), sob pena de perecimento dessa instituição protegida²¹⁶.

Relevante observar que a vedação de discriminação, decorrente inclusive da orientação sexual²¹⁷, fundamento tanto dos votos dos Ministros do STF quanto dos Juízes que exararam as decisões ora analisadas, não encontra, do nosso ponto de vista, qualquer outro fundamento teórico ou jurídico que melhor possa explicar-lhe justificadamente a existência.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional. 13 edição.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542.

²¹⁷ Referimo-nos ao fundamento explicitado por todos os Ministros do STF, em seus votos proferidos por ocasião do julgamento da ADI e ADPF comentados neste capítulo. Observe-se que o entendimento de que a vedação de discriminação por decorrência de orientação sexual não está explícito no texto da Constituição Federal, mas resulta de construção pretoriana no sentido de decorrer logicamente da vedação à discriminação injustificada por sexo , já que “ todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...), I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...)”, conforme Artigo 5º, **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Neste mesmo sentido, lembrando lição de TEPEDINO, observamos que o Ministro Fux afirma que a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 funcionalizou o conceito jurídico de família, de modo que:

o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que **a milenar proteção da família como instituição**, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, **dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros**[...].

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes²¹⁸.

E, adentrando seu entendimento:

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais²¹⁹.

Esta é, sem qualquer dúvida, uma questão decisiva, segundo o Ministro Ayres Britto, analisada no contexto da decisão do STF, pois a instituição familiar deve ser entendida

(...) em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)²²⁰.

Em seu voto vencedor, o Ministro Ayres Britto citou diversos artigos constitucionais e infraconstitucionais para, ao final, dizer que, nesta legislação:

(...) permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou

²¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 397-398.

²¹⁹ Voto Ministro Luiz Fux, *op. cit.*, pp. 669-670.

²²⁰ Voto Ministro Ayres Britto, *op. cit.*, p. 31

liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica²²¹.

Após analisar esta “complexa instituição social em sentido subjetivo”, concluiu que o núcleo familiar é o principal *locus*

de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional.

É razoável observar, pelo entendimento esposado pelo voto do Ministro Ayres Britto, especialmente após citar os artigos 205, 227 e 230, que a melhor, senão a única, conclusão consequente a transbordar do texto constitucional é a que observa, com acurada atenção, que a Constituição Federal

(...) não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser²²².

É de se ressaltar que, em sua conclusão, sentiu o Ministro Ayres Britto que:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – *data vênia* de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos²²³.

²²¹ Voto Ministro Ayres Britto, *op. cit.*, pp. 31-32

²²² *Idem, op. cit.*, pp. 36-37.

²²³ *Ibidem*, pp. 38-39

Em consonância com a decisão do STF, que garantiu efetividade ao texto constitucional, e com o *animus* presumivelmente voltado para a ampliação e concretização dos direitos fundamentais, assim se expressou um dos juízes:

Vê-se, em cognição clara, por intermédio dessa ação afirmativa do legislador em ampliar o conceito de entidade familiar, que a *ratio legis* foi a de privilegiar a família sócio-afetiva à luz da dignidade da pessoa humana.

Aqui, houve a supressão de um sistema ultrapassado, fundado no modelo patriarcal e hierarquizado (ínsito no Código Civil de 1916), que deu espaço a um novo sistema, que resguarda sob o albergue do Estado as múltiplas formulações de entidades familiares que nele coexistem, desde que estas restem atadas com o laço mais visceral que permeia as relações humanas – a afetividade.

Em decorrência, àqueles outrora marginalizados, receberam tratamento diverso e compensatório, passando, no plano prático, ao status de família, legitimadas e tuteladas pelo Estado.

Com efeito, decorridos 23 (vinte e três) anos da promulgação do texto constitucional, me parece imperioso que se inclua na esteira das entidades familiares essa nova modalidade de configuração familiar, mantida por pessoas do mesmo sexo, haja vista, dentre outras razões já esposadas, que estas se fundam, igualmente, nos pilares da afetividade²²⁴.

Quatorze juízes, a partir do fato social de que a família toma novas configurações e tipos, obedecendo a princípios da afetividade, ostensibilidade e estabilidade, e a partir do fato de que o § 4º, do art. 226, da Constituição Federal entende não ser necessária a presença de um homem e uma mulher para poder constituir uma entidade familiar, como a denominada família monoparental, que dispensa a existência do casal (homem e mulher), bastando a demonstração do afeto e do animus de constituir família, requisitos genéricos do reconhecimento da entidade familiar, concluem ou comprovam que o matrimônio, o sexo ou a capacidade de procriar não são mais expressos como elementos fundadores da família, ou seja, não se caracterizam como essenciais à demonstração e ao reconhecimento, ou não, da existência de um núcleo familiar²²⁵.

Neste contexto, assim se expressou um dos juízes:

A família não é apenas um instituto social, mas também jurídico, tanto que tem proteção especial iniciada com a Carta Magna e decorrente na legislação infraconstitucional. Em análise do ordenamento jurídico, extrai-se que tanto o constituinte como o legislador ordinário buscaram dar guarida à entidade familiar através da formação de um escudo dos laços de afetividade, elos que geram, assim, consequentes direitos e deveres entre os integrantes da célula social.

A partir desse pressuposto, demonstra-se que o Direito de Família, ao contrário dos demais ramos do Direito Civil, ultrapassa o tratamento patrimonial, porquanto blinda os vínculos familiares, no intuito de respeitar o preceito constitucional máximo que irradia todos os demais direitos fundamentais do indivíduo: a dignidade da pessoa humana. Portanto, o enfoque da proteção constitucional e legal tem como base a

²²⁴ SENTHOMO1, p. 14.

²²⁵ SENTHOMO2, p. 2.

relação pessoal, sentimental, psicológica, social e afetiva, muito além da tradicional relação puramente biológica antes preservada nas Leis Fundamentais e legislações infraconstitucionais anteriores. Com o advento do recente Código Civil, em 2002, essa nova visão de família foi apenas ratificada e ampliada.

A concepção de família unida pelo afeto permitiu o reconhecimento dessas diversas novas famílias que hoje circulam na contemporaneidade: uniões estáveis, monoparentais, avoengas e – como no caso em tela – as construídas a partir de casais homoafetivos (...)²²⁶.

Outro juiz assim se manifesta:

Por fim, o que se augura, em verdade, e é o que mais importa nesta questão, para que a sociedade evolua de forma pacífica, equilibrada e harmoniosa, é que estejam presentes nas famílias, qualquer que seja sua formação, o amor familiar, o respeito, o entendimento, a compreensão, a orientação e a tolerância, sentimentos e virtudes imprescindíveis para o sadio desenvolvimento de seus integrantes.

Outro juiz, no mesmo diapasão, corrobora esse agora intenso argumento em prol do reconhecimento dos *novos tipos* de família:

Nesse passo, se os Ministros da Suprema Corte entenderam que a expressão “entre o homem e a mulher”, constante no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, é discriminatória, porque existentes, possíveis e válidas as uniões entre homem e homem bem como entre mulher e mulher, não parece cabível manter a constitucionalidade das demais regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que estabeleçam essa discriminação, verdadeira segregação de alguns institutos a apenas alguma espécie de seres humanos (os heterossexuais).

O que o Supremo Tribunal Federal pretendeu, julgando tais ações, foi fazer prevalecer aqueles Valores, Princípios e Objetivos face às regras discriminatórias existentes em nosso arcabouço jurídico, não permitindo que o afeto e o amor sirvam como razão de *discrímen* para institutos como união estável, casamento e adoção, por exemplo²²⁷.

4.7. Equiparação da união estável ao casamento

A decisão unânime do STF, que, conforme já se anotara, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante declarados, limita-se a conferir licitude às uniões homoafetivas, sem qualquer referência expressa à possibilidade ou não da declaração do *casamento* entre pessoas do mesmo sexo.

Contudo, como anotado anteriormente, a especial proteção devida pelo Estado à família, de acordo com o *caput* do art. 226 da Carta Cidadã, é exigível, pelos brasileiros, independentemente da forma pela qual a família for constituída. Os assim denominados *novos arranjos familiares* também são contemplados por este *novo* olhar, *um olhar claramente*

²²⁶ SENTHOMO4, p. 4.

²²⁷ SENTHOMO8, p.2.

humanizado, que anteriormente focava o casamento celebrado entre pessoas de sexos distintos e que, agora, volta-se para a dignidade da pessoa humana, para a dignidade de seus membros, pouco importando se a família é formal ou informalmente constituída, ou se composta, como outrora, exclusivamente casais heterossexuais ou, como atualmente, também por pessoas assumidamente homossexuais.

O Ministro Salomão, utilizando-se dos mesmos argumentos do STF, ao historiar a respeito dos conceitos de família e de casamento, assim se expressou:

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade²²⁸.

E, em seu desiderato de caracterizar a nova família, contextualizando-a no também no ambiente jurídico, prosseguiu fundamentando:

Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas (...).

O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias

²²⁸ Voto Ministro Luís Felipe Salomão, p. 11.

constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Portanto, é a partir deste entendimento e raciocínio que todos os juízes, nas sentenças analisadas, reconhecem o direito ao casamento como decorrência lógica do reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, bem como reconhecem, como direito independente, o casamento entre par homoafetivo, para fins da proteção estatal.

Assim, à luz do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, conforme fundamentação supra, tenho que [não apenas a união estável, mas também] o casamento, nos moldes como atualmente regulado pelo legislador, é um instituto passível de ser acessado por todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, razão pela qual rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido²²⁹.

Ora, como o casamento civil e a união estável são os únicos institutos que conferem a ampla proteção do direito de família às uniões afetivas e conferem inúmeras vantagens tanto na esfera privada e social, como na esfera jurídica, afastar tal direito seria aumentar a discriminação que já sofrem pela escolha sexual.

Assim é que o STF, guardião da Constituição Federal, reconheceu, por decisão unânime, em maio de 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao afirmar que o artigo 1.723 do Código Civil não poderia ser lido em sua literalidade e estendendo o conceito de família também à união entre pessoas do mesmo sexo. No julgamento, o Ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º da Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação: “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide com o artigo 3º, inciso IV, do texto constitucional²³⁰.

Neste contexto, e recorrendo a decisões tanto do STF quanto do STJ, todos os juízes entenderam ser aplicável à união homoafetiva os efeitos da união estável, o que possibilita aos requerentes a conversão da união deles em casamento, ao amparo, inclusive, da norma prescrita no texto constitucional.

Assim é que o artigo 1.726 do Código Civil, seguindo a orientação da Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, estabelece que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Ora, se o STF ao julgar a ADI nº 4.277 e ADPF nº 123/RJ reconheceu a existência da união estável homoafetiva como entidade familiar, conferindo-lhe as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, não há qualquer óbice legal à conversão da união estável homoafetiva em casamento²³¹.

A legítima busca da realização humana, processo contínuo que se materializa, e que pode se viabilizar, pela luta por reconhecimento de direitos, é, neste panorama, relevante

²²⁹ SENTHOMO3, p. 5

²³⁰ SENTHOMO10, p. 6.

²³¹ SENTHOMO10, p. 15.

argumento que encontra ressonância também no casamento e na conseqüente formação de uma família, direito que independente do sexo, origem social e geográfica das pessoas, idade, raça e cor da pele de cada qual.

Trata-se, em última análise, de concretização dos princípios da igualdade, da isonomia de tratamento e da dignidade da pessoa humana, garantindo a todos o reconhecimento de direitos cujos fundamentos se encontram justamente nas mesmas premissas legais, haja vista que o ordenamento jurídico, sendo uno, impossibilita, por si só, a categorização discriminatória entre as pessoas.

Ressalte-se, também, que o princípio da vedação da discriminação, assim como os demais princípios constitucionais, ocupa o ápice da pirâmide normativa, por integrar o que se denomina como núcleo material da Constituição. Nesta condição, a igualdade entre todos os cidadãos é valor que se impõe sobre o ordenamento jurídico que não pode funcionar em desprestígio deste valor inarredável. Portanto, por decorrência lógica destes mandamentos e pela envergadura dos valores que ostentam, as pessoas têm direito a serem tratadas de modo igual e à concretização da sua dignidade como seres humanos.

Deste modo, concluímos este capítulo tendo demonstrado que o Poder Judiciário vem construindo, especialmente após a decisão do STF, um corolário axiológico que impõe o reconhecimento de direitos às famílias que se formam da união de pares homoafetivos. Tais direitos têm sido estendidos, embora não sem resistência, ao reconhecimento do casamento civil.

CONCLUSÃO

O presente estudo revelou que o reconhecimento sociojurídico do *casamento homoafetivo* como *novo* arranjo familiar é tema ainda cercado de preconceitos, razão porque sua efetivação tem sido possível, em larga medida, por meio da construção pretoriana, fato que enseja duas considerações: **a)** de um lado, conforme demonstraram as sentenças analisadas²³², o Poder Judiciário tem reconhecido o direito do par homoafetivo de se casar, e, **b)** este reconhecimento se dá mediante provocação, de um pedido ao Poder Judiciário, o que demonstra o desprestígio do cidadão homossexual, que, para ver concretizado o direito de se casar com outro homossexual, precisa peticionar à justiça, vez que inexistente lei que reconheça ao par homoafetivo o direito ao casamento.

É inequívoco o entendimento de que o peticionamento, tanto administrativo quanto judicial, constitui uma garantia constitucional, e não um ônus. Contudo, a necessidade do pedido à justiça – como única ou principal medida para a garantia do reconhecimento de direitos é, no caso estudado, um fator de diminuição, de mitigação da cidadania e demonstra que o homossexual, por *esta* sua característica, padece da desconsideração sociojurídica do Estado, especialmente no tocante à inexistência de legislação específica sobre o tema.

Em verdade, verificamos que não se trata propriamente de desconsideração, no sentido da inexistência de consideração. Ocorre, de fato, uma consideração negativa, discriminatória, estereotipada e preconceituosa, que se materializa na ação de negar ao homossexual, *por ser homossexual*, o direito ao casamento, conforme hipótese lançada no início desta dissertação.

Este direito, para ser alcançado, precisa ser lutado, numa luta por reconhecimento, constante, permanente.

Entendemos que esta diferença de tratamento, decorrente da omissão legislativa e da necessidade de peticionamento à justiça, para fins de reconhecimento de direitos – legalmente assegurados *apenas* aos heterossexuais, mas inexistente em relação aos homossexuais – caracteriza preconceito injustificável, frente ao ordenamento jurídico.

O surgimento e perpetuação de preconceitos injustificados decorre tanto da irreflexão individual sobre os temas da vida - e, nesta circunstância, exsurge da ausência de experiências singulares vividas pelas pessoas em sua interação com o meio, nos moldes discutidos por HONNETH, em sua *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*²³³,

²³² As dezesseis sentenças judiciais analisadas no capítulo 4 permitiram esboçar um quadro referencial teórico acerca dos fundamentos que sustentam o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, dos casamentos homoafetivos.

²³³ HONNETH, 2011, *op. cit.*

quanto da necessidade de autopreservação – de si e do grupo.

Este estudo permite afirmar que o preconceito seria, portanto, o comportamento de negação, humilhação, execração e até mesmo de destruição do diferente, incompreendido em sua singularidade e a homossexualidade, característica humana historicamente observada, portanto atual, é tema que desperta estes sentimentos de repulsa de parte das pessoas heterossexualmente orientadas, preconceituosas.

Do sentimento de repulsa e de execração da diferença decorre o prejuízo moral e social a estabelecer o preconceito que dificulta, senão impede, a edição de lei específica que objetive o reconhecimento do casamento homoafetivo, em nossa sociedade. Deste modo, e à míngua da existência de lei, o preconceito contra os pares homoafetivos prospera.

Concordamos que o preconceito é resultante de interpretações e leituras dos fatos do mundo num modelo irrefletido e pré-concebido de condutas sociais. A consequência visível deste comportamento, especialmente numa sociedade com marcante feição religiosa, como é o caso da brasileira, no que pertine a este estudo, é o fato de que o reconhecimento do direito ao casamento se efetiva majoritariamente pela via judicial.

A análise do contexto do preconceito, realizada no início deste estudo, permite inferir que a maioria da sociedade reage com repulsa à idéia de reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo e que a negativa de reconhecimento de direitos categoriza as pessoas, não raramente em subcategorias, porque decorre de razões não objetivas fundamentadas em características pessoais. Esta realidade decorrente da negação de reconhecimento de direitos – *de qualquer direito* – viabiliza o surgimento de preconceitos porque prestigia o ilegal tratamento (des)igualitário.

É notável reconhecer que, neste contexto de preconceitos e de desigualdades, resta dificultada qualquer reflexão individual que permita ou proporcione o reconhecimento do outro como ser singular titular de direitos, de *qualquer* direito e, considerando-se que o indivíduo é produto da cultura do seu tempo, seja porque desconhece outro ambiente cultural, seja porque pouco reflete sua própria realidade, o não reconhecimento de si próprio dentro da cultura – de uma perspectiva interna – pode por a própria cultura em risco, negando-a ou, de outro extremo, repetindo-a mecânica e irrefletidamente, impedindo qualquer avanço nas sociedades²³⁴.

Este e outros sentimentos similares, à exemplo do medo e do temor da divindade, revelados nos primórdios da sociedade brasileira pelo intérprete atécnico do direito - *que se*

²³⁴ CROCHIK, 2006, *op. cit.*, p. 13

pretendia divino - também geraram negação, repulsa e ódio aos homossexuais, ambiente onde restou impensável a discussão de reconhecimento e de garantias ou direitos que caminhassem em sentido contrário ao da própria negação.

Estas anotações permitiram constatar que advém das religiões o maior preconceito contra os homossexuais, embora a diversidade de sexos tenha sido tema recorrente na História e no Direito. Idéias como a que ressalta o fato de que pessoas do mesmo sexo não podem procriar acabaram realçando a noção de que o casamento entre elas era naturalmente impossível.

Entendemos que nossa hipótese inicial de estudos de que o homossexual, *por esta sua condição*, carecia de consideração social e que, por isso, *parecia* constituir *subespécie social*, uma *categoria inferior de pessoas*, porque não titularizaria direitos a *todos* garantidos, restou demonstrada tanto na vivência negativa da experiência do preconceito – decorrente da orientação sexual, quanto na necessidade permanente de luta por reconhecimento sociojurídico, nos moldes propostos por HONNETH.

Constatamos que esta diferença de tratamento entre cidadãos, ou entre grupos organizados da sociedade civil, no tocante ao reconhecimento e à garantia de direitos, caracteriza tratamento discriminatório e desigualitário e afronta a Constituição Federal. Isto porque decorre do próprio texto constitucional a idéia de que é entidade familiar *também* o núcleo formado por pessoas do mesmo sexo, haja vista a vedação de discriminação entre as pessoas, com fundamento em suas características pessoais.

A teoria de HONNETH, um dos substratos deste estudo, constitui um dos pilares da noção de que o reconhecimento da pessoa, no meio social, decorre justamente da luta por reconhecimento (de direitos), movimento que tenciona, em sentido contrário, a lógica do preconceito. Por esta razão, mostrou-se apta a demonstrar que a igualdade, como substrato social ao reconhecimento do casamento civil aos homoafetivos, é fato que se impõe.

Contudo, faltava aos estudos de HONNETH certa normatividade apta a viabilizar que a luta por reconhecimento alcançasse também a esfera jurídica. Para este fim, o de suplantar o *déficit jurídico* apontado pela doutrina que entende a teoria honnethiana como incompleta e até mesmo inconcreta, à ela acrescentamos a Teoria dos Princípios, desenvolvida por ÀVILA. Concluímos que este acréscimo fora acertado.

Isoladamente considerados, os estudos de HONNETH não permitiam construir uma hipótese que juridicamente justificasse a noção de que, verificada a legitimidade de uma luta por reconhecimento (de direitos), tais direitos poderiam restar reconhecidos por estarem em *conformidade com o ordenamento jurídico*, ainda que não estivessem explícitos.

Precisávamos , portanto, de algo mais, neste ponto.

A teoria de ÁVILA permitiu suplantar este *déficit jurídico*, servindo-lhe como suplementação naquilo que lhe faltava: substância jurídica que permitisse demonstrar a aplicabilidade da luta por reconhecimento, decorrente inclusive da omissão legislativa e, como consequência, viabilizar o reconhecimento de direitos pelo poder judiciário.

Pensamos que decorre da discussão teórica e da análise conjunta dos textos de HONNETH e de ÁVILA a noção de *superioridade da igualdade* e a demonstração de que nem a sociedade nem o direito amparam a desigualação injustificada. Ao contrário, a feição contemporânea da sociedade – e dos grupos que lutam por reconhecimento (de direitos), é a de possibilitar a todos – *a qualquer um* – o reconhecimento e a garantia de direitos *iguais* à pessoa humana.

Ressaltamos, contudo, que a leitura de ÁVILA permitiu observar que a negativa de reconhecimento de direitos não é, por si só, contrária ao Direito. Discriminações justificadas não são vedadas e decorrem da própria lei, vez que as pessoas são diferentes entre si. Por este prisma, estão vedadas *somente* as discriminações injustificadas, ilimitadas, sem causa, mas não todas as discriminações.

Para ser legitimada pelo direito, a negativa deve estar fundamentada em uma *justificativa aceitável* e numa *medida* que relacione os meios utilizados aos fins almejados, características que a negativa de reconhecimento do direito ao casamento civil, por casal homoafetivo, fundamentado exclusivamente em orientação sexual, não ostentam, razão porque é intolerável, discriminatória e ilegítima.

Especialmente por esta razão, pode-se entender que resta devido ao par homoafetivo o reconhecimento do direito ao casamento civil – e não apenas o reconhecimento a união estável. Isso ao argumento ínsito na interpretação que atualmente se faz do dispositivo constitucional, contido no artigo 226 da Constituição Federal, que assegura a todos o direito de formar família a partir do afeto, e não mais da finalidade procriativa e de acumulação de patrimônio, como ocorria nos primórdios.

No tocante à igualdade, a hipótese de que esta se caracteriza como Postulado Normativo, nos moldes da teoria de ÁVILA, para emprestar substância jurídica ao reconhecimento de direitos - e do direito ao casamento homoafetivo, restou indemonstrada.

Concordamos com a idéia de que o postulado normativo contingencia e obriga a aplicação de determinado direito, mas não no nível do objeto de sua aplicação, não no nível

da norma, mas no metanível, como *metanorma*²³⁵. Por esta razão, está relacionado ao dever de aplicação da igualdade enquanto valor, mas não propriamente enquanto norma.

Diferentemente do que pensávamos, as decisões judiciais analisadas reconhecem o casamento civil homoafetivo, mas não se fundamentam na idéia da igualdade *como postulado normativo*, como norma sobre aplicação de outras normas. O fundamento majoritário – a igualdade – decorre do reconhecimento do *princípio* constitucional inderrogável, superior, de observação mandatória, núcleo axiológico material do sistema constitucional.

Por outro lado, tampouco podemos dizer que a teoria de ÁVILA afasta o reconhecimento do direito ao casamento entre homossexuais. Em verdade, entendemos que, seja como regra, como princípio ou como postulado normativo, a igualdade é valor fundamental e suas *nuances* não são excludentes entre si ou hierarquizadas. Ao contrário, *todas* se prestam ao reconhecimento de direitos porque encerram um valor que se sobrepõe às nomenclaturas. A relevância da igualdade decorre de sua centralidade no ordenamento jurídico e não de sua definição teórica.

À exemplo de ÁVILA, consideramos inspirador o ensinamento de BANDEIRA DE MELLO, no tocante à idéia de que as pessoas titularizam direitos *simplesmente* por serem pessoas, razão porque a consideração de sua orientação desimporta completamente para o reconhecimento de sua dignidade e da centralidade dos seus interesses²³⁶.

Contudo, para além das definições, é possível afirmar que a Teoria dos Princípios mostrou-se adequada a suplementar a Teoria da Luta por Reconhecimento, em seu *déficit jurídico*, permitindo impor ao intérprete e ao aplicador do direito um limite: a observância da igualdade como valor fundamental, mandatório e incontornável, fato que, no sistema constitucional vigente, possibilita rechaçar qualquer desigualação injustificável que possa conduzir a perpetuação das diferenças incompatíveis com a Constituição Federal.

Resulta desta compreensão a noção de que, inexistindo argumento jurídico congruente a justificar validamente a desigualação entre os pares homo e heteroafetivos, esta teoria impede e desautoriza a adoção de ações que tendam a materializar a desigualação de pessoas com base em sua sexualidade, razão porque é de se concluir que a negativa de reconhecimento do direito a qualquer destes pares é incompatível com o ordenamento jurídico vigente.

Deste modo e com esteio tanto nas teorias de HONNETH e de ÁVILA quanto nas sentenças analisadas, pode-se concluir que o tratamento desigualitário entre as pessoas é

²³⁵ ÁVILA, 2013, *op. cit.*, p. 143

²³⁶ MELLO, 2013, *op. cit.* p. 10.

inconstitucional, além de injusto.

No tocante à análise das decisões judiciais, é notável observar que *todas* as decisões consideradas neste estudo reconhecem que a união conjugal e o relacionamento homoafetivo estão impregnados de preconceitos, nos termos discutidos no início desta dissertação, constatação que corrobora a idéia de que o reconhecimento do direito ao casamento é medida jurídica que se impõe, a fim de impedir a perpetuação destes preconceitos e de discriminações injustificáveis.

A análise das sentenças revelou que o par homoafetivo não recebe adequada proteção nem do Estado, nem do Direito positivo. O Estado, titular da produção legislativa e da jurisdição, não editou, até o presente momento, qualquer legislação que visasse reconhecer, proteger ou garantir quaisquer direitos aos casais homoafetivos, a exemplo do que fez com os pares heteroafetivos e com outros grupos sociais, como os negros, mulheres, crianças e adolescentes, idosos etc. Ressalte-se que todos estes segmentos sociais contam com leis específicas a proteger-lhes os interesses e os direitos.

Apesar da omissão estatal, as dezesseis sentenças analisadas traçaram um panorama dos argumentos utilizados para o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo. Tais sentenças foram obtidas pela *internet* porque tornadas públicas pelas partes ou possivelmente com sua autorização, haja vista ser o direito de família protegido por segredo de justiça, razão por que é desconhecido o exato número de decisões sobre o tema.

As referidas decisões corroboram os argumentos sociais e jurídicos tratados nos capítulos teóricos deste estudo, em especial: *i*) a idéia de que a desigualação injustificável, além de ilegítima, acarreta preconceitos, e *ii*) o valor superior, no ordenamento jurídico, do princípio constitucional da igualdade. Tais argumentos, amplamente repetidos em todas as sentenças, explicitam as idéias e opiniões dos Magistrados acerca do mundo e da sociedade, persuadindo resistências a nova família que se forma do casamento homoafetivo.

São onze os argumentos mais repetidos nas dezesseis sentenças. Dentre eles, sete são constantes e permitem concluir que tratar-se de argumentos consolidados na jurisprudência: **a)** igualdade; **b)** dignidade; **c)** vedação de negativa de plenitude de direitos de cidadania; **d)** repúdio à discriminação e ao preconceito; **e)** consideração pelos novos arranjos familiares; **f)** necessidade de oferecer segurança jurídica às uniões homoafetivas e as novas famílias, e **g)** respeito às garantias e direitos fundamentais.

Consideramos que estes argumentos constituem um modo ou uma estratégia para ampliar o conhecimento e a compreensão da sociedade a respeito das uniões homoafetivas. Isto porque há uma visão sociojurídica em todos eles, já que refletem a prática social

crescente articulada a uma ação jurídica.

O julgamento da ADPF n° 132/RJ e da ADI n° 4277/DF pode ser considerado um marco regulatório constitucional no Poder Judiciário, por conferir interpretação conforme à Constituição, impedindo a consideração de qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas. Por esta razão, concordamos com a noção de que esta decisão tende a afastar as interpretações discriminatórias e a remover os obstáculos da interpretação literal da norma constitucional.

O vazio normativo – ou omissão legislativa – citado por doze sentenças (60 % do total), decorre de considerações de ordem moral formuladas por grupos sociais conservadores ligados às instituições religiosas, vez que o traço religioso da sociedade brasileira influenciava o reconhecimento de direitos, razão porque observamos, também, que mais da metade das decisões entendeu que a inserção da terminologia exclusivamente heteroafetiva na Constituição e no ordenamento jurídico decorreu das pressões de segmentos sociais conservadores, especialmente os que estão ligados às instituições religiosa.

Embora seja possível afirmar-se que, a exemplo do afirmou um dos juízes analisados, a omissão legislativa não possa constituir obstáculo ao reconhecimento de direitos, a edição de lei que efetivamente regulamente os direitos dos pares homoafetivos é necessária.

No tocante a esta omissão, consideramos ser este comportamento ofensivo à Constituição Federal, o que impede ou dificulta a concretização de direitos. Por esta razão, concordamos com a noção de que a decisão do STF a respeito do reconhecimento da união homoafetiva é um marco histórico de afirmação e consolidação do reconhecimento de direitos da minoria – no caso, da minoria homossexual, de formar família.

É a partir desta decisão que este direito tornou-se inofidável e vinculante, mas também as decisões judiciais analisadas proporcionam uma dimensão normativa apta a garantir o reconhecimento do casamento homoafetivo, dando suporte jurídico às decisões das instâncias de ingresso no Poder Judiciário, pela via da integração do direito.

A integração a que nos referimos não pretende – e nem pode pretender – subtrair do povo o exercício da soberania de sua vontade expressa nas leis, mas é legítima porque decorre e rege uma realidade social posterior à declaração da vontade popular. Ademais, a integração deve funcionar sempre de forma provisória : *até o parlamento agir*.

Deste panorama, exsurge a constatação de que o argumento sociojurídico comum, com o qual concordamos, validado pela maioria dos julgados, demonstra que a negativa de reconhecimento (de direitos) é uma forma legalizada de segregação, o que afronta o espírito da Constituição, que é o de concretizar direitos, e não o de criar desigualdades injustificáveis

e ilegítimas. O casal homoafetivo é formado por duas pessoas titulares de direitos como quaisquer outras pessoas e negar reconhecimento de direitos aos homossexuais, por sua orientação sexual, é mais do que uma simples inconstitucionalidade: é uma imoralidade.

De outra perspectiva, consideramos também acertadas as decisões judiciais que reafirmam a possibilidade de discriminações justificadas, em referência à esfera moral do direito, nos moldes do que trata a Teoria dos Princípios, de ÁVILA e que, não se confundindo com a moral religiosa, se refere ao conjunto de princípios e preceitos normativos que descortinam as normas de conduta, que são valores e ideais de vida. Moral tomada na acepção de *modelo ideal de boa conduta socialmente estabelecido*, razão que nos leva a considerar como imoral ou desonesta conduta ou doutrina que contrariar a regra moral prescrita e que busque servir como contraponto à garantia de direitos iguais a todos.

Assim, observamos que a homossexualidade e suas decorrências – dentre as quais as uniões estáveis e os casamentos – são realidades que vão, pouco a pouco, se impondo ao direito, decorrência da análise das decisões judiciais recentes e das premissas e dos fundamentos utilizados na maioria das decisões analisadas, que replicaram o entendimento do Ministro Luiz Fux – do STF, em seu voto, no STF, no sentido de que: **a**) a homossexualidade é um fato da vida; **b**) a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual; **c**) homossexualidade não é uma ideologia ou crença; **d**) os pares homoafetivos constituem relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos; **e**) não é ilegal ou inconstitucional estabelecer relações homoafetivas.

É de se perceber, portanto, à exemplo da hipótese que norteou estes estudos, que a igualdade é o valor constitucionalmente protegido a alicerçar e concretizar o efetivo respeito à dignidade humana, integrando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, caracterizando-se como de observância obrigatória e como verdadeiro limite à atuação estatal.

Esta perspectiva permite concluir que a negativa de reconhecimento de direitos não é apenas injusta, mas é também inconstitucional já que, segundo a Constituição Federal, todos – homens e mulheres – são iguais em direitos e obrigações²³⁷.

Nesta linha, ressaltamos posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, com o qual concordamos: “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”²³⁸.

Também por esta razão, o reconhecimento do casamento homoafetivo não deve ser uma declaração meramente retórica, decorrente de pressões, ainda que legítimas, por

²³⁷ Artigo 5º, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

²³⁸ MELLO, 2013, *op. cit.*, p. 12.

reconhecimento de direitos, a exemplo do que afirmou HONNETH. Este reconhecimento deve decorrer e assegurar-se da edição de lei específica. À sua inexistência, deve o Poder Judiciário, a exemplo do que já vem fazendo, impedindo que o Estado adote medidas ou formule prescrições que provoquem a exclusão de grupos de pessoas, declarar e reconhecer como casamento a união de pessoas do mesmo sexo, quando estas assim o desejarem. Esta é uma questão de concretização da igualdade, como princípio e também como norma superior a orientar a aplicação de outras normas, no sentido que lhe fora atribuído por ÀVILA, ainda que não pelo reconhecimento formal da igualdade *como postulado normativo*.

Concordamos e realçamos a observação de um dos juízes no sentido de que o casamento possibilita a comunhão de pessoas em torno de um mesmo ideal, razão porque permite superar a vivência do *eu individual* e concretizar a experiência do *nós coletivo*, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, serem os casais hetero ou homossexuais. Por este argumento, pode-se inferir que as famílias decorrentes das uniões homoafetivas não são menos dignas do que quaisquer outras famílias.

Neste panorama, percebemos que é discriminatória a negativa do direito ao casamento homoafetivo, pela mera orientação sexual dos pares, porque este é o instituto pelo qual o Estado melhor e mais amplamente protege a família e sendo este, dentre os institutos, o que melhor ampara a célula familiar, por certo há que estar ao alcance de todos, por uma questão de isonomia de tratamentos e de, principalmente, de igualdade.

Deste modo, entendemos que a experiência do preconceito vivenciada pelo casal homoafetivo, em sua busca por reconhecimento do direito ao casamento civil, não é apenas ilegítima, nos moldes teorizados por HONNETH²³⁹, mas é também uma questão de justiça social e de tratamento jurídico igualitário, conforme o ideário de ÀVILA²⁴⁰, no tocante ao valor superior da igualdade, ainda que não tenha restado formalmente caracterizada, na plenitude, a aplicabilidade da igualdade como metanorma.

É de se concluir, portanto, que - decorrência da análise das teorias estudadas e da compatibilização de suas idéias com as decisões judiciais analisadas - o Poder Judiciário, à míngua de atuação do legislador brasileiro, vem construindo um corolário axiológico apto a impor, com fundamento nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo.

Tal conclusão, da nossa perspectiva, responde à questão que nos inspirou a realizar este estudo: a igualdade constitucionalmente assegurada, seja ela considerada como regra,

²³⁹ HONNETH, 2011, *op. cit.*

²⁴⁰ ÀVILA, 2013, *op. cit.*

como princípio ou como postulado normativo, permite ao Poder Judiciário reconhecer o direito ao casamento homoafetivo, porque o Estado é omissivo quanto a este direito e tal omissão é, do ponto de vista normativo, incompatível com o ordenamento jurídico.

Concluimos também que este estado de coisas não deve ser permanente, razão porque é necessária a edição de lei específica sobre o tema, vez não pode o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo em sua tarefa inderrogável de legislar.

Considerados os argumentos teóricos anteriormente desenvolvidos, pode-se afirmar que a questão fulcral do desrespeito apontado, na seara pessoal, decorre do comportamento atribuído ao indivíduo em sua esfera individual e íntima como ser singular em sua interação com o grupo no qual está inserido, bem como, na seara judicial, malferem o que se denomina como núcleo substancial da Constituição da República, *i. e.*, conjunto de valores considerados da maior relevância ao direito por envolverem a integral proteção à pessoa humana e à sua dignidade, o que permite a caracterização deste desrespeito como sendo fenômeno sociocultural a ser combatido porque podem conduzir à perpetuação de diferenças incompatíveis com a igualdade da pessoa humana das quais decorrem o preconceito e a degradação de valores humanos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max: **DIALÉTICA DO ESCLARECIMENTO. Fragmentos Filosóficos.** Tradução de Guido de Almeida. Editora Jorge Zahar, 1985.

Adoção por Homossexuais. In CAHALI, Yussef Said e CAHALI, Francisco José (Organizadores). Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões.** Volume I. Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

ALBORNOZ, Suzana Guerra. **As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth.** Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, USP, vol. 14. N. 1, 2011.

APPIO, Eduardo. **DIREITO DAS MINORIAS.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

AXELROD, Robert. *An Evolutionary Approach to Norms.* *The American Political Science Review.* Vol. 80, no. 4 (Dec., 1986), pp. 1095-1111. Disponível em <http://jstor.org/stable/1960858>. Acessado em 13 de agosto de 2013.

A/HRC/RES/17/19. *Human rights, sexual orientation and gender identity Resolution, adopted by the Human Rights Council – Seventeenth Session – (A/HRC/17/2), chap. I,* UNO-GE, New York, 2011. Disponível em www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx, acessado em 05/09/2013

ÁVILA, Humberto. **TEORIA dos PRINCÍPIOS: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14 ed., atualizada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOKANY, Vilma; VENTURI, Gustavo (orgs). **DIVERSIDADE SEXUAL E HOMOFOBIA NO BRASIL.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed., São Paulo: MALHEIROS EDITORES , 2003.

BOSWELL, John. *Same-Sex Unions in Pre Modern Europe. First Vintage Books Edition, USA, June, 1995.*

_____. *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality. Gay couple in Western Europe From the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century. The University of Chicago Press: London, 1981.*

BRANDÃO, Débora Vanessa. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ – **Recurso Especial nº . 1.183.378 – RS. Voto do Relator, Ministro Luís Felipe Salomão**. Disponível no sítio do tribunal, na internet, em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249. Acessado em 15 de setembro de 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013**. Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132**. Tribunal Pleno, 05 de maio de 2011. DJe-198, 14 de outubro de 2011.

_____. **Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4.277/ Distrito Federal**. Relatório dos Ministros, p. 614-836.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino e GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **DA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE POR INTERMÉDIO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH**. In CAMARGO, Maria Lacombe, LOIS, Cecília Caballero, MARQUES, Gabriel Lima

(Organizadores). **Democracia e Jurisdição: novas configurações brasileiras**. Rio de Janeiro: Imo's Gráfica e Editora, 2013.

Casamento Gay. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/manifestacao-contra-o-casamento-gay-em-paris-sob-tensao.html>. Acessado em 12 de julho de 2013.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CHAVES, Marianna. **HOMOAFETIVIDADE e DIREITO. Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade**. 2 ed. Atualizada de acordo com a decisão da ADI 4.277 (julgada em conjunto com a ADPF 132) do STF. Curitiba: JURUÁ Editora, 2012.

Código de Direito Canônico. 4ª edição revista. Conferência Episcopal Portuguesa, 1983. Braga, Portugal: Editorial Apostolado da Oração, 1983.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSENTINI, Francesco : *Le droit de famille*. Paris, France: *Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence*, 1929.

CROCHÍK, José Leon. **Preconceito, Indivíduo e Cultura**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direito Homoafetivo**. disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52_-_homoafetividade_e_direito_homoafetivo.pdf, acessado em 02 de outubro de 2013.

____ (Coord) . **DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITO HOMOAFGETIVO**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

____. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

DELEUZE, Gilles. **O Conhecimento como o mais potente dos afetos**. Disponível em <http://www.martinsfontespaulista.com.br/anexos/produtos/capitulos/591740.pdf>. Acessado em 10 de julho de 2013.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Tradução de Mariluce Pessoa. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2006.

ESKRIDGE, William N. Jr. *A History of Same Sex Marriage (1993)*. Faculty Scholarship Series. Paper 1504. http://digitalcommonlaws.yale.edu/fss_papers/1504. Acessado em 19 de outubro de 2013.

FERRAZ, Carolina Valença *et al* (Coord.). **MANUAL DO DIREITO AFETIVO**. São Paulo: Saraiva, 2013 (Série IDP – Direito, diversidade e cidadania).

FLICKINGER, Hans-Georg. **Os graus do reconhecimento social : A Crítica de um conceito chave a partir de G.W.F. Hegel**. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 80-93, jan-abr. de 2008.

FRASER, Nancy. **A Justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Portugal: Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, Outubro de 2002.

_____. **Reconhecimento sem ética?** *Apud* SOUZA, Jessé. Mattos, Patrícia (Org.). **Teoria Crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

FREUD, Sigmund. **Estudos sobre a história (1893-1895)**. Coleção Obras Psicológicas de Sigmund Freud. Vol. 2. São Paulo: Imago, 2006.

GERBASE, Ana Brúsolo. **Relações Homoafetivas: Direitos & Conquistas**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

GOMES, Orlando: **Direito de família**. 11 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da ação e racionalização social.** Tradução de Paulo Astor Soethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

____. **AGIR COMUNICATIVO E RAZÃO DESTRASCENDENTALIZADA.** Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2012.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEGEL. George Wilhelm Friedrich. **FILOSOFIA REAL.** 1 ed. México D. F. : Fondo de Cultura Economica, 1984.

____. **FENOMENOLOGIA DO ESPÍRITO.** Tradução de Paulo Menezes; com a colaboração de Karl-Heinz Effen, e José Nogueira Machado. 7 ed., Petrópolis, RJ : Vozes, 2012.

____. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Hino Nacional brasileiro. Disponível na rede mundial de computadores, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/hino.htm. Acessado em 12 de julho de 2013.

HONNETH, Axel. **LUTA POR RECONHECIMENTO: a gramática moral dos conflitos sociais**. tradução de Luiz Sérgio Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Ed. 34, 1ª reimpressão, 2011.

____. **A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo**. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v. 9, n.3, p.345-368, set/dez. 2009.

____. **Observações sobre a reificação**. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v. 8., n. 1, p. 68-79, jan-abr. 2008.

____. **Reconhecimento ou redistribuição ? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade**. In SOUZA, Jessé. MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

Histórico crítico das manifestações no Brasil. BRASIL DE FATO. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/node/13665>. Acessado em 12 de julho de 2013.

JUNIOR, Miguel Reale: **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

JR. Paulo Hamilton Siqueira; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução francesa da 2 ed. Alemã, por Ch. Einsenmann, Paris: Deloz, 1962.

____. **O QUE É JUSTIÇA?** Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIRA, Penélope Aryadne Antony; CHAGAS, Yonete Melo das. **A Viabilidade do casamento civil entre os pares homoafetivos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3253, 28 de maio 2012. Disponível em: < <http://www.com.br/revista/texto/21879>>. Acessado em 26 de jun. 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego F. D. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO HOMOSSEXUAL**. São Paulo: LTr., 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2013.

MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo B. (orgs). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora ATLAS, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros: **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1952.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues: **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores: Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco – São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP).

PINSKY, Jaime *et alii* (orgs.). **Historia da Cidadania**. 6. ed., São Paulo: Contexto, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E PODER JUDICIAL. Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAVAGNANI, Herbert Barucci. **Uma introdução à Teoria Crítica de Axel Honneth**. *Intuitio* – Revista do PPG de Filosofia da PUCRS. Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 51-67, junho, 2009.

RICOEUR, Paul. **Percorso do Reconhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual.** A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROBSBAWN, Erik; RANGER, Terence. *The invention of tradition.* Cambridge University Press, EUA, 1983.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **A teoria crítica de Axel Honneth.** In SOUZA, Jessé. Mattos, Patrícia (Org.). **Teoria crítica no século XXI.** São Paulo: Annablume, 2007.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE.** Os Laços Humanos como Valor Jurídico na Pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9 ed., rev. e atual. 2 tir., Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN Flávia. **IGUALDADE, DIFERENÇA E DIREITOS HUMANOS.** Rio de Janeiro: Editora *Lumen Iuris*, 2010.

SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais : Proteção e Restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional.** 3 tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SULLIVAN, Andrew. *Same-Sex Marriage Pro and Con.* New York, USA: A VINTAGE BOOKS, May, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

SOUZA, Alécio Pereira de. **Casamento entre pessoas de mesmo sexo. Breves considerações acerca da viabilidade constitucional da positivação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3253, de 28 de maio de 2012. <Disponível em: <http://jus.com.br/Revista/texto/21881>>. Acessado em 26 de junho, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. In *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESTA, Ítalo. **Intersubjetividade, natureza e sentimentos morais: A teoria de A. Honneth e a regra de ouro**. In *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 94-124., jan-abr., 2008.

Um ano de Primavera Árabe, a primavera inacabada. O Estado de São Paulo, Estadão/Tópicos. <http://topicos.estadao.com.br/primavera-arabe>. Acessado em 12 de julho de 2013.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2002.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais : repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série IDP).

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.