

BRUNO MARTINS SOARES

Sujeitos de reconhecimento: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a “união homoafetiva” no Brasil

ORIENTADORA: PROFA. DRA. GISLENE APARECIDA DOS SANTOS

Dissertação de mestrado
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2014

BRUNO MARTINS SOARES

Sujeitos de reconhecimento: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a “união homoafetiva” no Brasil

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Profa. Dra. Gislene Aparecida dos Santos

São Paulo

2014

NOME: SOARES, Bruno Martins.

TÍTULO: Sujeitos de reconhecimento: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a “união homoafetiva” no Brasil.

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito**

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para meus pais.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, pela dedicação e carinho, mesmo à distância.

A meu pai e meu irmão, pelo apoio, apesar de muitas dificuldades.

A minha orientadora, Profa. Dra. Gislene Aparecida dos Santos, pelos ensinamentos, críticas e por ter apostado neste projeto.

Aos Profs. Dr. Guilherme Assis de Almeida e Dr. José Rodrigo Rodriguez, pela leitura crítica de meu trabalho na qualificação. Também aos demais professores da Faculdade de Direito, da Escola de Artes, Ciências e Humanidades e da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), de quem eu tive o prazer de ser aluno.

À parceria firmada entre USP e Fundação Carlos Chagas, que possibilitou o financiamento de minha bolsa de estudos da Área de Direitos Humanos.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da USP, especialmente à Cida, pela presteza e cuidado.

Aos amigos da Faculdade de Direito da USP, especialmente Camila, Juliana, Letícia, William e Ludmila, pelos momentos de diversão, trabalho e dificuldades que passamos juntos.

Aos vários vizinhos e amigos que fiz no Centro Residencial da USP e em outros universos de São Paulo, que tornaram minha estadia ali muito mais agradável, em especial Tiago, Edilza, Allyne, Aida, Josi, Tânia, Fernanda, José Luiz e Ramon.

A Vivi, minha amiga de sempre, e ao Alan, que me acolheram.

Aos amigos que fiz na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que ainda permanecem e, de alguma forma, me acompanharam no período que estive em São Paulo, especialmente Mariana, Jeferson, Mateus, Magnum, João Vítor, Fernanda, Sílvia, Raquel, Diego e tantos outros.

Às equipes do Núcleo de Atendimento a Vítimas de Crimes Violentos do Estado de Minas Gerais e do Centro de Defesa da Cidadania, que me receberam em meu retorno a Belo Horizonte.

Aos amigos da equipe de Proteção de Direitos Humanos em Minas Gerais, especialmente Fernanda, Daniel, Juliana e Duda.

A todos que lutam pela efetivação dos direitos humanos.

“Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: *'enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível'* (Grande sertão: veredas).

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 Direito.”

Ministra Cármen Lúcia em seu voto na ADPF 132, p. 2148

RESUMO

SOARES, Bruno M. **Sujeitos de reconhecimento: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a “união homoafetiva” no Brasil.** 2014. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro reconheceu o direito à união civil estável entre homossexuais – a chamada “união homoafetiva” –, evento celebrado como uma das maiores conquistas do movimento de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) no país, desde seu surgimento em fins da década de 1970. Nesta dissertação, apresentamos uma análise crítica sobre esta conquista, segundo conceitos desenvolvidos por Axel Honneth em sua Teoria do Reconhecimento. A partir do vocabulário moral do reconhecimento, o filósofo identifica a existência de esferas de reconhecimento intersubjetivo institucionalizadas nas formas do amor, do direito e da estima social. Às referidas esferas correspondem formas de desrespeito, experienciadas como frustração às expectativas de reconhecimento, explicitadas em sentimentos de injustiça que carregam em si potenciais normativos que indicam o direcionamento para uma mudança ética e moral na sociedade. A esse processo de formação do desejo e da ação em prol de mudanças ético-morais Honneth atribui o nome de “luta por reconhecimento”. Com o intuito de atribuir conteúdo às experiências de reconhecimento e desrespeito vivenciadas pelas pessoas cujo comportamento fogem ao padrão heteronormativo, realizamos uma leitura da história recente das homossexualidades no Brasil, de fins do século XIX ao início do século XXI. A partir das expectativas normativas de reconhecimento identificadas nas diversas lutas promovidas pelas homossexualidades no Brasil e com o emprego da metodologia da “análise de conteúdo”, realizamos uma análise dos votos dos Ministros do STF contidos no acórdão do julgamento sobre a união homoafetiva, referente à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, com o intuito de identificarmos se e como as lutas por reconhecimento promovidas por LGBT fizeram-se ouvir pelo STF, bem como o que se compreendeu por união homoafetiva e os limites desse reconhecimento.

Palavras-chave: União Homoafetiva. União Estável. Axel Honneth. Homossexualidade (Brasil). Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

SOARES, Bruno M. **Subjects of recognition: an analysis of the limits of recognition on the judgment of the "homo-affective union" in Brazil.** 2014. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

In May 2011, the Brazilian Supreme Court recognized the right for homosexuals to establish civil union – the so called “homo-affective union” – an event celebrated as one of the greatest achievements of the lesbians, gays, bisexuals and transgender (LGBT) movement in the country since its emergence in the late 1970s. In this dissertation, we present a critical analysis of this achievement, according to concepts developed by Axel Honneth in his Theory of Recognition. In the moral vocabulary of recognition, the philosopher identifies the existence of spheres of intersubjective recognition which have been institutionalized in the forms of love, law and social esteem. Corresponding to these spheres there are forms of disrespect, experienced as the frustration of expectations of recognition, explicated in the demonstration of feelings of injustice that carry within themselves normative potentials that indicate the direction for an ethical and moral change in society. To this process of formation of desire and action towards ethical and moral changes Honneth assigns the name of “struggle for recognition”. In order to assign content to the experiences of recognition and disrespect experienced by people whose behavior is beyond the heteronormative standard, we have executed a reading of the recent history of homosexualities in Brazil, from the late nineteenth century to the early twenty-first century. From the normative expectations of recognition identified in several struggles promoted by homosexualities in Brazil and with the use of the method of “content analysis”, we have fulfilled an analysis of the votes of the Supreme Court Judges contained in the judgment on the homo-affective union, related to the constitutional remedies called Action for Breach of Fundamental Precept n. 132 and Direct Action of Unconstitutionality n. 4277, in order to identify whether and how the struggles for recognition promoted by LGBT were heard by the Supreme Court, and what is understood by homo-affective union and the limits of this recognition.

Keywords: Homo-affective Union. Stable Civil Union. Axel Honneth. Homosexuality (Brazil). Federal Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS

ABIG	Associação Brasileira da Imprensa Gay
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
EBHO	Encontro Brasileiro de Homossexuais
EGHO	Encontro de Grupos Homossexuais Organizados
GALF	Grupo de Ação Lésbica Feminista
GGB	Grupo Gay da Bahia
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	17
1.1 A proposta metodológica de Honneth na Filosofia Social	19
1.2 Experiências de desrespeito como patologias sociais: o vocabulário moral do reconhecimento.....	23
1.3 As esferas do reconhecimento: amor, direito e estima social.....	27
1.3.1 Família e amor.....	28
1.3.2 Direito e respeito	34
1.3.3 Estima social e solidariedade.....	41
1.4 Experiências de desrespeito vivenciadas por homossexuais no Brasil de fins do século XIX a meados do século XX.....	48
1.4.1 Cientifização da discriminação.....	48
1.4.2 Representações do masculino e do feminino, marginalização e sua topografia.....	53
1.4.3 Criminalização do comportamento não-heteronormativo	57
1.5 O conteúdo material das experiências de desrespeito sofridas por homossexuais e transgêneros no Brasil	59
CAPÍTULO 2	64
2.1 A Teoria do Reconhecimento como Teoria da Justiça.....	65
2.2 Reação: visibilização da homossexualidade pela conquista de espaços e o surgimento do movimento homossexual organizado	70
2.2.1 A conquista do carnaval: Carmens, fantasias, ruas e bailes	72
2.2.2 Fora dos guetos: novos espaços, novos valores, novas identidades	78
2.2.3 O movimento sai do armário	88
2.2.4 Institucionalização e complexificação do movimento.....	92
2.3 Estratégias de luta por reconhecimento/justiça e progresso moral.....	96
CAPÍTULO 3	102
3.1 Breve histórico sobre a demanda por reconhecimento jurídico da união entre	

homossexuais.....	105
3.2 A análise de conteúdo.....	108
3.3 A análise do acórdão da ADPF 132.....	109
3.3.1 Metodologia de interpretação do texto constitucional e de regulação da realidade a ser adotada pelo STF e sua justificativa.....	115
3.3.2 Normatização de identidades e comportamentos	122
3.3.3 Heterossexualidade como norma compulsória em relação a comportamentos e desejos	129
3.3.4 Direito de participação em discussões públicas	133
3.3.5 Reconhecimento de afeto como constitutivo de relações homossexuais, sejam elas familiares ou não	135
3.3.6 Princípio de igualdade e não-discriminação.....	137
3.3.7 Reconhecimento do direito de auto-realização pessoal e autonomia para escolha e realização de projetos de vida, incluindo-se o exercício autônomo da sexualidade.....	140
3.4 Discussão dos resultados: os limites do reconhecimento	143
CONCLUSÃO	150
REFERÊNCIAS	155
GLOSSÁRIO	160
ANEXO – Análise detalhada do documento	162

INTRODUÇÃO

Em março de 1969, um pequeno jornal carioca de circulação local, criado por um grupo de amigos e denominado *O Snob* trouxe um artigo – inspirado pelas manifestações estudantis que ocorriam à época – em que se descrevia um protesto imaginário de *gays* e *bonecas*¹ em defesa de seus direitos. Green descreve o texto intitulado “Protesto”:

“Numa reação à situação vigente que se tornara insuportável, foi organizado um esquema em defesa dos direitos das liberdades do mundo gay”. O artigo passa então a imaginar um encontro de massa onde foi decidido que todos marchariam com faixas e cartazes até a casa de veraneio do presidente para demandar que o governo tomasse as medidas necessárias “em prol dos direitos civis da boneca brasileira”. Faixas de protesto glamourosas, com letras góticas, foram preparadas para a marcha. Um *slogan* contrapunha, comicamente, a condenação do delegado de polícia homofóbico do Rio ao elogio à famosa estrela travesti: “Abaixo Padilha – Viva Rogéria”. Outro dizia: “Proibição para Promiscuidade de Sexo Entre Homens e Mulheres”, enquanto uma terceira faixa estampava: “Nas Festas do Itamarati, Queremos Ir de Travesti”. (GREEN, 2000, p. 313)

Apesar de esse protesto estar apenas na imaginação do autor do artigo, é uma acertada previsão do que viria a acontecer nas décadas vindoura e seguintes: a formação de um grupo de pessoas que se identificavam como travestis, transexuais, lésbicas, bissexuais e gays² que, organizadamente, questionariam a hostilidade a eles dirigida e uniriam esforços para transformá-la e resignificá-la. Certamente, os questionamentos não se deram isentos de conflitos, sejam internos ou externos ao grupo. Na verdade, toda a história das não-heterossexualidades no Brasil é permeada de conflitos motivados por situações de profundo desrespeito cometido contra essas pessoas. O “Protesto” estampado n’*O Snob* é reação às muitas formas de desrespeito sofridas por gays e bonecas e apresenta uma demanda positiva de seu reconhecimento por parte da sociedade enquanto iguais a homens e mulheres. Recentemente, presenciamos um marco histórico no processo de reconhecimento por que vêm passando as não-heterossexualidades no Brasil: o reconhecimento do direito de *homoafetivos* a

¹ Termos utilizados pelo próprio jornal *O Snob*.

² Neste texto, temos compreensão de que a nomeação de identidades tende a limitar a compreensão da realidade e complexidade comportamental e subjetiva das pessoas de quem se fala. Por isso, incitamos o leitor a compreender as nomenclaturas aqui utilizadas como limitadas, incapazes de captar a referida complexidade e, por isso, transitórias. Assim, procuraremos utilizar expressões mais genéricas (como “homossexualidades”, “travestilidades”, “não-heterossexualidades”, “pessoas trans” e outras) e também utilizaremos expressões mais específicas (como “gays”, “lésbicas”, “bissexuais”, “travestis”, “transexuais”, “homossexuais”, “transgêneros” e outras), mas todas elas devem ser compreendidas como uma referência a pessoas cujo comportamento não se adequa ao padrão normativo heterossexual.

estabelecerem união estável entre si com a chancela do Estado, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro relativo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF 132) e à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (ADI 4277).³ Proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a ADPF 132 tinha o objetivo de arguir que decisões judiciais do Tribunal de Justiça daquele Estado seriam violatórias a direitos fundamentais resguardados constitucionalmente por não reconhecerem como possuidores dos mesmos direitos os pares formados por heterossexuais em união civil estável e aqueles formados por homossexuais. No mesmo sentido, a então Procuradora Geral da República propôs a ADI 4277 com o intuito de que o STF declarasse a inconstitucionalidade de dispositivo legislativo do Código Civil brasileiro que restringia a possibilidade de reconhecimento da união civil estável a casais formados por homem e mulher, isto é, casais heterossexuais. Embora sejam meios diferentes, ambas as ações tinham o objetivo de que o STF reconhecesse o direito à *união homoafetiva*.

Embora esse seja um momento de conquista a se comemorar, não se deve perder a reflexão crítica sobre o ocorrido e é exatamente essa a tarefa a ser desenvolvida nesta pesquisa. Afinal, de que maneira se deu o reconhecimento do direito à união homoafetiva? Quem, ou quais sujeitos foram reconhecidos por esse direito? Há formas de experienciar as sexualidades e os afetos que foram ignoradas pela normatização comportamental que a união homoafetiva representa? Pretendemos que, com essas questões, o reconhecimento do direito à união homoafetiva seja devidamente problematizado, que possamos compreender os contornos e limites desse momento de reconhecimento. Estruturaremos nossa análise nos conceitos e idéias apresentados na Teoria do Reconhecimento elaborada por Axel Honneth e contextualizaremos o trabalho dentro de um quadro da história recente (de fins do século XIX ao início do XXI) do Brasil no que concerne às diversas formações identitárias referentes à

³ A ADPF e a ADI são chamadas de ações constitucionais que visam acionar o controle de constitucionalidade do STF para questionar determinada norma que se alega estar em desacordo com preceitos constitucionais. Regulamentada pela Lei nº 9882/1999, seu art. 1º prevê que a ADPF poderá ser proposta “perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição [...]”.

Por sua vez, a ADI será proposta quando se objetivar retirar do ordenamento jurídico algum dispositivo legislativo ou ato normativo que esteja em conflito com alguma norma constitucional, como se depreende do art. 3º da Lei nº 9868/1999.

orientação sexual e à identidade de gênero.⁴ Recorreremos a estes meios para subsidiar a análise que pretendemos realizar.

Desde os anos 1980, Axel Honneth vem se esforçando por empreender uma renovação da Teoria Social Crítica, tanto por meio de uma leitura crítica dos filósofos sociais (em especial, aqueles vinculados à Escola de Frankfurt), como pela construção de conceitos que levem em si a possibilidade de analisar criticamente a sociedade contemporânea e sua história. Neste texto, introduzimos uma leitura do percurso de Honneth, com destaque aos conceitos relacionados em sua Teoria do Reconhecimento, localizada em meio a uma crise filosófica que possui dois aspectos principais: num sentido, (i) trata-se de uma crise metodológica, surgida desde que Nietzsche denunciou o quão histórico-contingencial vinha sendo a crítica social, pois encerrava em si particularismos históricos e culturais colocados como valores universais; por outro lado, (ii) a filosofia social parece ter perdido seu foco analítico desde que a classe trabalhadora deixou de ser interpretada nos estudos filosóficos como aquela que congregaria os atores que transformariam a sociedade num sentido emancipatório em relação ao capitalismo liberal. Como possível solução para essa crise, Honneth propõe um método de análise baseado numa antropologia formal, que possua elementos éticos não tão abstratos a ponto de perderem seu referencial empírico, nem tão concretos a ponto de impossibilitar sua generalização. Assim, no primeiro capítulo deste trabalho, apresentamos como Honneth retira o foco de análise das demandas de grupos que tenham se visibilizado na arena público-política (como os movimentos sociais contemporâneos) e desloca-o para as experiências de desrespeito sofridas por sujeitos independentemente de estarem organizados em grupos: a partir do vocabulário moral encerrado em experiências de desrespeito, o filósofo propõe efetuar diagnósticos filosófico-sociais de patologias que acometem a sociedade. Os potenciais morais inscritos nos sentimentos e reclamações de sujeitos que tenham se sentido desrespeitados apontariam para um horizonte de expectativas em que esses mesmos sujeitos obteriam reconhecimento social. Por meio de uma análise histórica do surgimento e consolidação da modernidade, Honneth identifica que três esferas de reconhecimento

⁴ Para efeitos deste texto, utiliza-se os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero dispostos nos *Princípios de Yogyakarta* (2007, p. 6. Trad. livre): “Compreende-se por orientação sexual a capacidade de cada pessoa de estabelecer relações íntimas e sexuais com, e de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero. Compreende-se por identidade de gênero a experiência interna e individual do gênero de cada pessoa profundamente sentida, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, se por livre escolha, modificação da aparência ou da função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”

institucionalizaram-se desde aquele momento e permanecem contemporaneamente: amor, direito e estima social. São esses aspectos da personalidade nos quais as pessoas desejam ser reciprocamente reconhecidas numa interação intersubjetiva, que possibilitam ao sujeito constituir três respectivas formas de auto-relação prática, como a auto-confiança, o auto-respeito e a auto-estima. Às esferas de reconhecimento correspondem três formas de desrespeito, isto é, de negação de reconhecimento a grupos e indivíduos, que se apresentam em suas facetas da violação, da exclusão social ou privação de direitos e da degradação. Já neste primeiro capítulo, iniciamos a tarefa de apresentar um contexto histórico das não-heterossexualidades no Brasil segundo o vocabulário moral do reconhecimento e as reflexões até então realizadas sobre a teoria de Honneth. Importa ressaltar que o quadro histórico proposto ao longo desta dissertação baseia-se em fontes indiretas, em bibliografia especializada sobre o tema, especialmente nas obras de James Green, Júlio Simões e Regina Facchini, autores que produziram análises sobre o período histórico aqui em estudo, as quais são utilizadas para fundamentar os argumentos propostos. Pensamos ser necessária essa apresentação histórica para que as esferas de reconhecimento sejam contextualizadas à realidade brasileira na qual se insere a análise proposta neste texto. Ao fim do primeiro capítulo, sugerimos algumas das formas de desrespeito às homossexualidades que se institucionalizaram no Brasil e como elas se articularam segundo padrões heteronormativos⁵ que privilegiam a expressão da sexualidade e do gênero segundo o que se compreende por heterossexualidade em detrimento das formas de expressão que fogem a esse padrão. Assim, apresentamos um panorama de formas de desrespeito a que as homossexualidades estavam submetidas no Brasil até as primeiras décadas do século XX, concentrando nossa análise na formação do imaginário científico e popular de que a homossexualidade estaria indissociada da feminilidade e que ela seria uma espécie de comportamento desviante, consequência da degeneração moral e de patologias a que determinados segmentos da sociedade supostamente estariam sujeitos. Descrevemos também a topografia da discriminação sofrida pelos

⁵ Compreendemos como heteronormatividade o conceito definido por Judith Butler (2008, 2011), construído a partir de sua crítica ao feminismo para demonstrar como a heterossexualidade coloca-se como compulsória, tornando-se o padrão segundo o qual a sociedade orienta o reconhecimento a ser atribuído aos sujeitos e grupos. Butler entende que sexo, gênero e sexualidade são uma só coisa, uma só norma. Não há sexo, nem gênero, nem sexualidade biológicos, uma vez que não se tem acesso a uma natureza "natural", mas apenas a uma natureza naturalizada, compreendida segundo uma determinada matriz linguística. Em nosso presente histórico, a linguagem hegemônica estabelece uma relação de oposição binária entre dois sexos naturais (pênis/vagina) e dois gêneros (masculino/feminino), sustentada pelo desejo heterossexual: o pênis corresponde ao gênero masculino que, por sua vez, sente desejo pela vagina, formadora do feminino. Em resumo, essa correspondência arbitrariamente fixada entre sexo, gênero e desejo é o que Butler nomeia heteronormatividade, a norma que produz sujeitos heterossexuais.

homossexuais – relegados à marginalidade – e as diferentes formas de criminalização do comportamento homoerótico. Essas análises servem de base para o capítulo seguinte, que traça uma trajetória das reações a essas formas de desrespeito.

No segundo capítulo, daremos seguimento às reflexões sobre a teoria de Honneth e à contextualização histórica iniciada anteriormente. Demonstraremos que o desrespeito pode ser o fator gerador de conflitos sociais que se expressam em lutas por reconhecimento, responsáveis pela transformação histórico-moral da sociedade, seja num sentido progressivo ou regressivo. Assim, segundo o próprio Honneth, sua Teoria do Reconhecimento pode ser também interpretada como uma teoria da justiça, uma vez que o vocabulário moral do reconhecimento traz princípios normativos inscritos em cada uma das esferas de reconhecimento – os quais constituem elementos antropológico-formais – que orientam a ação prática em direção a mudanças de um estado patológico das relações sociais a um estado de ampliação das possibilidades e condições de reconhecimento. Nesse sentido, demonstraremos como as lutas por reconhecimento promovidas por não-heterossexuais iniciaram-se décadas antes do surgimento, em fins dos anos 70, do movimento social que dizia representá-los. O carnaval foi um dos principais locais em que a luta por reconhecimento de homossexuais e pessoas trans intensificou-se, sendo que as táticas de combate ali utilizadas passaram a ser aplicadas não apenas nos quatro dias de celebrações carnavalescas, mas ao longo de todo o ano, expandindo a diversidade de espaços ocupados por homossexuais, ao mesmo tempo em que novas identidades e expressões das homossexualidades se visibilizavam. Argumentaremos que a conquista de espaço na imprensa teve papel crucial para o surgimento de um movimento homossexual organizado no fim da década de 1970, momento a partir do qual a luta por reconhecimento de homossexuais apresentaria crescimento exponencial no Brasil, que seria acompanhado de sua institucionalização segundo padrão de movimento social identitário. Igualmente, demonstraremos como esse movimento – iniciado com o nome de “homossexual” e atualmente denominado “LGBT” –, desde seu início, foi marcado por conflitos que se expressavam em lutas por reconhecimento, nas quais sujeitos disputavam por assegurar expressão de suas demandas na arena público-política. Assim, essa é uma história marcada por exclusões e silenciamentos que permanecem e que, acreditamos, condicionaram o julgamento sobre a união homoafetiva.

No terceiro e último capítulo, com as reflexões construídas nos capítulos anteriores,

propomos analisar os textos dos votos dos Ministros contidos no acórdão⁶ de julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277. Utilizando o método da análise de conteúdo, como concebido por Laurence Bardin, categorizamos o acórdão e o analisamos de forma a identificar de que maneira os Ministros se posicionam em relação a determinados temas como a metodologia a ser adotada pelo STF para a interpretação do texto constitucional e quais as razões de se atuar da maneira escolhida, ou se os Ministros atuam de maneira a normatizar identidades e comportamentos, se eles identificam indícios da heteronormatividade no cotidiano da sociedade brasileira, se eles reconhecem o direito de LGBT participarem em discussões públicas (inclusive, no julgamento em questão), se reconhecem a capacidade de homossexuais estabelecerem relações de afeto entre si, bem como se eles devem ser tratados de maneira igual e não-discriminatória em relação a heterossexuais e, por fim, se reconhecem a homossexuais o direito de se auto-realizarem escolhendo autonomamente seus projetos de vida, inclusive o exercício de sua sexualidade. A partir da análise dessas temáticas, identificaremos como se configuram os posicionamentos dos Ministros em relação às demandas historicamente levantadas por LGBT, bem como se a abordagem que realizam é aberta o suficiente para a expansão e inclusão de novas formas de relacionamento afetivo para além daquilo que foi nomeado como *união homoafetiva*.

⁶ O acórdão configura-se na decisão proferida de forma colegiada, isto é, de forma conjunta por juízes (ou, no caso sob análise, Ministros) em um determinado tribunal. Conforme arts. 165, 458 e 563 do Código de Processo Civil, assim como as sentenças, ele possui um relatório, no qual se identifica as partes envolvidas, expõe-se o pedido daquele que interpôs a ação e, quando houver, os argumentos da outra parte, descreve-se os fatos e os andamentos processuais relevantes. Ainda, o acórdão possui uma parte em que os juízes que compõem o colegiado proferem seus votos, no qual tomam um posicionamento fundamentado juridicamente em relação à controvérsia analisada, bem como possui uma parte dispositiva, na qual está a decisão final. Por fim, o acórdão é composto também por uma ementa, onde se expõe um breve resumo da decisão e dos princípios e normas que a fundamentam.

CAPÍTULO 1

Nos dias 04 e 05 de maio de 2011, o STF brasileiro julgou a ADPF 132 e a ADI 4277, dando provimento, por unanimidade, ao pedido de reconhecimento jurídico da união estável entre homossexuais, a chamada *união homoafetiva*. Trata-se de marco histórico do processo de reconhecimento por que vêm passando no Brasil especialmente aqueles que se definem homossexuais, ao reconhecer-lhes o direito de estabelecer entre si a união civil estável. Muito se tem festejado essa conquista, mas pouco se tem discutido criticamente a forma como ela se deu. Tomando conceitos contidos na Teoria do Reconhecimento proposta por Axel Honneth, pretendemos realizar uma crítica a esse momento histórico: dentre outras análises, demonstraremos se, de fato, ele representou um pleno reconhecimento de *condições de auto-realização* – como concebido por Honneth – aos não-heterossexuais e para quais sujeitos foi realizado esse reconhecimento.

Antes de chegar à análise do julgamento, entendemos ser necessário promover uma contextualização histórica (desde o fim do século XIX ao começo do século XXI) das não-heterossexualidades no Brasil, a partir do vocabulário moral do reconhecimento. Esta ação justifica-se pelo fato de Honneth pretender que as esferas de reconhecimento por ele identificadas tenham sido construídas de forma suficientemente abstrata para transcender os contextos em que surgiram sem, no entanto, perder de vista as experiências ético-morais que as fundamentam – isto é, as experiências de desrespeito –, nem os princípios normativos que direcionam a potencial mudança. Este é o método antropológico-formal de diagnóstico de patologias sociais construído por Honneth, que prevê, entre outras exigências, que o conteúdo normativo das esferas de reconhecimento seja retirado da realidade que se analisa. Por isso, se o objetivo principal desta pesquisa é prover uma análise crítica do reconhecimento da *união homoafetiva* no Brasil, é necessário que apresentemos um contexto histórico que precede esse fato segundo o vocabulário moral do reconhecimento, revelando as várias experiências de desrespeito pelas quais passaram as pessoas que, de alguma forma, fugiam à norma de comportamento heterossexual.

Seguindo a orientação de Honneth, entende-se que a historiografia de viés antropológico – se comparada à historiografia tradicional – é mais adequada a uma tarefa como a pretendida nesta pesquisa, pois investiga precisamente “o horizonte das normas morais de ação, discretamente inseridas no cotidiano social [...] [e, assim], podem vir à luz as regras

implícitas do consenso normativo, do qual dependia historicamente o comportamento que as diversas subculturas assumem na reação política” (2003a, p. 262). Nesse sentido, a obra de James Green (2000) sobre o tema a ser trabalhado é de especial relevância. Como bem observado por Peter Fry (2000, p. 11-14) no prefácio de *Além do carnaval. A homossexualidade masculina no Brasil do século XX*, Green possui um método de estudo antropológico, procurando evidenciar as construções dos valores sócio-culturais relacionados às não-heterossexualidades, o surgimento e a lógica de funcionamento dos grupos que elas formavam, bem como as diversas identidades que surgiram e se transformaram ao longo do período estudado e suas relações com outros grupos identitários (negros e mulheres, por exemplo). Além de Green, será de igual importância a obra *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT* dos antropólogos Regina Facchini e Júlio Simões, estudiosos do movimento LGBT brasileiro do seu início, em fins dos anos 70, até a atualidade. Este Capítulo 1 e o próximo versarão, então, sobre experiências de desrespeito sofridas por pessoas de comportamento não-heteronormativo e sobre suas reações individuais e coletivas, desde o fim do século XIX e ao longo do século XX no Brasil, até tempos muito recentes, resultando no reconhecimento da *união homoafetiva* em julgamento no STF. É importante definir que nossa proposta não é esgotar as possibilidades de experiências de desrespeito que acometeram homossexuais e pessoas trans ao longo da história, mas apenas fornecer um panorama histórico para ilustrar a análise documental que propomos no último capítulo.

Pensamos que, ao fim do Capítulo 2, será bastante perceptível como os sujeitos não-políticos – isto é, que não se organizaram na arena público-política para colocar suas demandas – foram perdendo espaço com o desenrolar da história, especialmente após o surgimento do movimento social que passou a se colocar como representante de todos aqueles que se identificavam com as identidades que levantavam como bandeira. Mesmo o caminho de transformação do movimento homossexual em movimento LGBT foi permeado por várias lutas por reconhecimento iniciadas por sujeitos e grupos que, de alguma forma, se sentiram desrespeitados, excluídos das demandas enunciadas pelos membros do movimento. Assim, conforme afirmado por Honneth, as lutas promovidas por movimentos sociais possuem caráter não apenas agregador, mas também excludente, pois ignoram o sofrimento de grande parte daqueles que dizem representar e excluem aqueles que não se adequam às identidades que afirmam *ser*.

1.1 A proposta metodológica de Honneth na Filosofia Social

Antes de adentrar especificamente à elaboração teórica de Honneth sobre o reconhecimento, pensamos ser necessário justificar a escolha de sua teoria como marco teórico da investigação aqui realizada, que se deu em razão da tarefa a que ele se propõe realizar. Para tanto, situaremos seu trabalho dentro do vasto – e diverso – campo da filosofia contemporânea. Honneth (2008a, p. 33) localiza seu pensamento no campo da filosofia social, tradição que teria começado com Rousseau, quem inovou o pensamento filosófico ao inserir em sua perspectiva de análise tanto a sociedade – que, então, vinha se dissociando do Estado –, como as condições universais que possibilitariam a auto-realização do ser humano. Essa disciplina surgiu não como proposição positiva de uma teoria, mas sim num sentido negativo, por ser uma crítica às circunstâncias e práticas sociais que, de alguma forma, produzem sofrimento nos sujeitos membros de uma sociedade, assim entendida como acometida pelo que Honneth vem a chamar de *patologia social*, identificada na forma de um *diagnóstico*. Ambos os conceitos de patologia social e de diagnóstico provêm da medicina, o que de imediato gera questionamentos sobre a possibilidade de sua aplicação a toda uma sociedade – já que são conceitos originalmente concebidos para serem referidos a indivíduos – e sobre sua precisão, uma vez que sua contraposição deve se referir ao que é considerado normal, ou saudável. Honneth responde esses questionamentos, primeiramente, ao deslocar o campo de aplicação desses conceitos do indivíduo para a sociedade como um todo e, sendo assim, a patologia a ser diagnosticada deve corresponder não a um mal funcionamento do organismo de um indivíduo, mas a um estado anormal das relações sociais. Quanto ao conceito de *normalidade*, seu ponto de referência não deve ser externo à sociedade, pois o “normal” é sempre culturalmente definido e, portanto, deve ser buscado por meio de uma interpretação da autocompreensão da própria sociedade. No entanto, uma definição de normalidade que pretenda ser crítica em relação às condições sociais presentes e, ao mesmo tempo, revelar ou fornecer as condições de auto-realização pessoal, não deve se ater a um conceito culturalmente contingente e meramente descritivo de normalidade.

Mas se, para Honneth, embora a normalidade deva ter como referência hermenêutica a autocompreensão da sociedade, a mesma não deve (e nem pode, se pretende-se fidelidade aos propósitos de uma filosofia social) ser apreendida diretamente daquilo que a própria cultura define como normal, então *como* se deve chegar a uma compreensão do normal? Segundo Honneth, a filosofia social deve orientar-se metodologicamente por uma ética formal: “[a] *paradigm of social normality must, therefore, consist in culturally independent conditions that*

allow a society's members to experience undistorted self-realization” (HONNETH, 2008a, p. 35). Uma compreensão assim formal de normalidade estaria indiretamente referida em sua formulação negativa, isto é, na patologia social: o filósofo social, ao apresentar seu conceito de patologia social enquanto desordem que impede o sujeito de viver uma vida bem vivida, indiretamente refere-se às condições sociais que possibilitam a auto-realização pessoal. *“Thus what constitutes the standard according to which social pathologies are evaluated is an ethical conception of social normality tailored to conditions that enable human self-realization”* (HONNETH, 2008a, p. 36). Nesse sentido, o conceito ético de normalidade social é formal por trazer em si determinações normativas sobre quais condições possibilitam a auto-realização pessoal e, assim, funciona como um padrão avaliativo quanto às condições de auto-realização empiricamente garantidas numa sociedade.

Então, o principal objetivo da filosofia social é o de diagnosticar patologias sociais a partir das quais sejam apreendidas condições éticas normativas que tornem possível a auto-realização do ser humano e pelas quais se possa avaliar o estado das relações sociais. No entanto, segundo o próprio Honneth (2008a, p. 38), desde a revelação crítica de Nietzsche de que toda verdade é perspectiva, ou de que todo universalismo carrega em si particularismos que têm pretensão universalizante, a filosofia social ingressou num processo de crise metodológica que permanece até a contemporaneidade. Por um lado, a crítica nietzschiana revelou que alguns filósofos sociais justificavam a pretensão universal de seus diagnósticos filosófico-sociais por meio de argumentos históricos e antropológico-filosóficos culturalmente contingentes. Por outro lado, após Nietzsche, tais justificativas tornaram-se obrigatórias, mas sempre acompanhadas de algum argumento que as defendesse de acusações de contingência cultural:

[...] discussion came to be focused on the methodological problem of whether or not every social philosophical diagnosis is ultimately grounded in an ethical judgement about what counts as an appropriate condition for human self-realization. If this was indeed the case, there would be no external means of defending the attempt to define social pathologies from the accusation of merely being an arbitrary expression of a culturally contingent point of view. (HONNETH, 2008a, p. 38)

Para que possamos enxergar de que maneira os métodos histórico e antropológico-filosóficos vêm embasando os diagnósticos críticos da filosofia social, mencionamos a seguir dois dos exemplos relacionados por Honneth. Em sua elaboração crítica do conceito de reificação, entendida (resumidamente) como a expansão da lógica comercial-mercantil a todas

as esferas da vida social, o que faria com que os sujeitos vissem tudo e todos, inclusive a si mesmos, como coisas, mercadorias de valor calculável e cambiável, Lukács tentou isentar seu projeto de avaliações éticas, bem como evitou fundamentar o potencial de libertação da reificação num conceito de auto-realização pessoal que se daria num retorno a um ponto natural de origem (como se encontra em Rousseau). Na verdade, Lukács antecipa um ponto do futuro em que a classe operária tomaria consciência de ser a produtora de sua própria realidade, falseada pelo processo de reificação. Dessa forma, argumenta Honneth⁷ (2008a, p. 25-26) que, ao tentar evitar um relativismo ético, Lukács recai numa construção teleológica, metafísica de história, que demanda validade absoluta, pois impossível de ser submetida a qualquer teste empírico.

De maneira diferente, Honneth (2008a, p. 26, 227, 231-232) interpreta a teoria da democracia de John Dewey como sendo fundamentada num conceito de auto-realização pessoal que, por sua vez, está apoiado numa antropologia natural, pressuposta, numa tentativa de evitar concebê-la em termos metafísicos. Dewey apóia-se em estudos psicológicos para argumentar que os seres humanos possuiriam impulsos naturais dentre os quais haveria capacidades cujo desenvolvimento dependeria de que o sujeito encontrasse reconhecimento, aprovação, dentro de determinados grupos de referência a que pertença (sendo que uma mesma pessoa pode pertencer a vários grupos simultaneamente). Assim, a personalidade humana seria formada apenas por atos e hábitos socialmente úteis. A socialização humana assim concebida de forma intersubjetiva é essencial para a compreensão de Dewey de que a vida ética de uma democracia repousa não em virtudes políticas, mas na consciência de cooperação social, pois apenas assim se pode conceber procedimentos democráticos para a resolução conjunta de problemas. Contudo, nem mesmo as abordagens filosófico-sociais que justificavam seus diagnósticos em um pressuposto antropológico (como a de Dewey) passaram imunes à crítica. Como bem aponta Honneth (2008a, p. 40), Foucault – compartilhando da crítica nietzschiana ao universalismo e ao ahistoricismo – empreendeu uma reformulação do conceito de poder, passando a ser compreendido não apenas em sua faceta jurídica, mas também produtiva. Nesse sentido, o sujeito é concebido por Foucault como produção de determinadas relações de poder que o fazem seguir um curso de vida previamente organizado, reduzindo-lhe as possibilidades de resistência. Assim como as relações de poder são produtoras de sujeitos, também o são de todo tipo de conhecimento, o que faz com que

⁷ Honneth desenvolve esse ponto em sua crítica ao conceito de reificação de Lukács. Cf. HONNETH, 2008b.

Honneth encontre dificuldades em afirmar se Foucault chega a conceber “*a transcendent perspective from which these processes could be defined as deviations from an ideal situation*” (HONNETH, 2008a, p. 40). Nessa perspectiva, a antropologia pressuposta, supostamente natural, que fundamenta diagnósticos filosófico-sociais, na verdade, apenas reproduz relações de poder que definem aquilo que é *natural* e o separam do *social*.

Sendo assim, Honneth constata que a permanência da filosofia social com seu propósito de diagnosticar patologias sociais e, a partir delas, propor critérios normativos de normalização do estado das relações sociais depende de se conseguir justificar uma ética formal. Aqueles que seguem o caminho aberto por Foucault, destacadamente Judith Butler, compreendem que o padrão avaliativo fornecido por uma ética formal é historicamente contingente, aplicável, portanto, somente ao período histórico do diagnóstico das patologias sociais sob análise. A filosofia social seria então concebida “*as an instance of reflection, within which social disorders could be discussed on the basis of historically given values and their corresponding ideals of life*” (HONNETH, 2008a, p. 42). Mas Honneth não adota essa concepção, pois ela não aceita que as possibilidades de transformação presentes num diagnóstico de patologias possa transcender o próprio contexto sócio-patológico. Por isso, Honneth coloca-se o desafio de justificar uma antropologia formal, “*as sparse as possible, one which reconstructs but a few elementary conditions of human life*” (HONNETH, 2008a, p. 42). Como tentaremos demonstrar na seção a seguir, Honneth se propõe realizar esse empreendimento em sua construção teórica de um conceito concebido a partir do diagnóstico de patologias sociais por ele identificadas como *experiências de desrespeito* as quais revelam um vocabulário moral de reconhecimento. Posteriormente, apresentaremos o conceito de reconhecimento formulado por Honneth em suas três esferas – do *amor*, do *direito* e da *estima social* –, enquanto as condições que possibilitam a auto-realização do ser humano, suas respectivas formas de desrespeito, que permitem identificar o reconhecimento denegado mediante observações empíricas, bem como as formas de auto-relação propiciadas por cada uma das esferas de reconhecimento. Como se verá, toda essa construção apóia-se em evidências históricas apreendidas criticamente pelo filósofo por meio do vocabulário moral do reconhecimento. Por fim, na última seção, num intento de aplicar os conceitos de desrespeito e reconhecimento propostos por Honneth, apresentamos uma contextualização histórica na qual se identificam situações de desrespeito vivenciadas pelas pessoas não-heterossexuais desde o fim do século XIX até meados do século XX em São Paulo e Rio de Janeiro, de forma a revelar a construção de uma compreensão predominantemente desrespeitosa no Brasil sobre as

homossexualidades e outras expressões não-heteronormativas de desejo, que ainda permanece. Esta análise é necessária para, no Capítulo 2, expor de que maneira Honneth interpreta sua Teoria do Reconhecimento como uma teoria da justiça e como as reações às experiências de desrespeito sofridas por não-heterossexuais no Brasil configuraram-se em lutas por reconhecimento, ou, melhor dizendo, por justiça, que resultaram no surgimento de um movimento social organizado e possibilitaram a judicialização de sua demanda por reconhecimento jurídico no STF, por meio da ADPF 132 e da ADI 4277.

1.2 Experiências de desrespeito como patologias sociais: o vocabulário moral do reconhecimento

Em *Redistribution or recognition?* (2003b), Honneth ingressa num profícuo debate com Nancy Fraser, em que se discute, dentro outros temas, se a Teoria do Reconhecimento proposta por ele estaria limitada à interpretação de demandas por e impedimentos à auto-realização pessoal de sujeitos pré-políticos, isto é, não organizados na forma de *movimentos sociais* em função de uma *política de identidades*, ou que de alguma forma não tenham conseguido expressar seu descontentamento na esfera política pública. Ao apresentar sua teoria de justiça social, Fraser (2003a, p. 11-26) o faz por uma abordagem chamada de *bidimensional*, ao tratar demandas por reconhecimento e demandas por redistribuição em esferas separadas, embora relacionadas. A esfera do reconhecimento (que, no momento, nos interessa) tomaria como campo de análise o da políticas identitárias e o das por ela chamadas *tendências desconstrutivas* (FRASER, 2003a, p. 12), onde se inseririam, respectivamente, movimentos sociais que lutam pelo reconhecimento de suas identidades e aqueles que rejeitam o essencialismo contido nesse tipo de política. Ambas as demandas estariam fundamentadas em situações de negação de reconhecimento que são “*externally manifest and publicly verifiable impediments [...]*” (FRASER, 2003a, p. 31). A teoria concebida por Honneth, por outro lado, é considerada reducionista por Fraser (2003a, p. 31-32, 34-35; 2003b, p. 206-208), pois supostamente priorizaria demandas por reconhecimento em detrimento das demandas por redistribuição, ao reduzir seu campo de análise à psicologia moral individual – ignorando as relações sociais –, ao sujeito pré-político, cujos sofrimentos e demandas fundamentariam toda a teoria daí construída. Dessa discussão, é possível retirar importantes conclusões sobre a forma como Honneth organiza seu projeto no sentido anteriormente explicitado de propor uma antropologia formal que fundamente seus diagnósticos de patologias sociais.

Como já mencionado, do legado da filosofia social (incluindo-se aí, especialmente, a Escola de Frankfurt), Honneth (2008a, p. 33-34) mantém o interesse em realizar diagnósticos críticos da sociedade a partir de referenciais pré-teóricos, isto é, empíricos. Ao investigar estudos empíricos de protestos e outras formas de resistência nas quais se engajam classes de baixa renda, por exemplo, Honneth (2008a, p. 71-72) constata que os sujeitos desses grupos expressam suas expectativas normativas não na forma de princípios morais positivamente formulados, mas num sentido negativo de violação a suas noções de justiça que, por sua vez, traduzem-se em expectativas de reconhecimento social enquanto pessoas morais, merecedoras de respeito. Dessa constatação, Honneth elabora a tese geral de que situações de injustiça moral ocorrem quando, “*contrary to their expectations, human subjects are denied the recognition they feel they deserve*” (HONNETH, 2008a, p. 71). Por essa razão, a experiência de reconhecimento é condição necessária ao processo de formação da personalidade, ou da identidade pessoal. À negação dessa condição, caracterizada como uma experiência de injustiça moral, Honneth atribui o nome de *desrespeito*. Portanto, a filosofia social proposta por Honneth (2008a, p. 74) utiliza o vocabulário moral do reconhecimento e tem como referência empírica as experiências de desrespeito e os sentimentos morais que as acompanham, tais como a vergonha ou a humilhação. Por meio desse vocabulário, é possível diagnosticar fenômenos patológicos da vida social ao mesmo tempo em que ele contém em si as expectativas normativas dos sujeitos desrespeitados, as quais apontam para uma solução da respectiva patologia.

Se entendemos, então, que o sentimento de desrespeito constitui-se em um dos principais elementos da antropologia formal delineada por Honneth, podemos voltar ao questionamento levantado por Fraser relativo ao campo de análise empírico da Teoria do Reconhecimento: estaria ele restrito à psicologia moral individual? Podemos começar a responder essa pergunta como fez o próprio Honneth, isto é, por meio de uma crítica a qualquer diagnóstico filosófico-social que tome como referencial privilegiado de análise as demandas dos chamados *movimentos sociais*. Como destaca o próprio filósofo, a designação *movimento social* já é excludente, pois ignora que ela mesma já é o resultado de uma luta por reconhecimento travada previamente à publicização de demandas de grupos assim designados. Quando um grupo alcança o reconhecimento de suas demandas na esfera pública, outros indivíduos e grupos deixaram de ter esse reconhecimento (HONNETH, 2003b, p. 120). De fato, as idéias de justiça dos sujeitos pertencentes a estratos sociais comumente suprimidos são mais facilmente encontradas em suas percepções de injustiça do que em princípios morais

positivamente formulados. Isso ocorre em razão de vários mecanismos de manutenção da hegemonia cultural de grupos dominantes que funcionam de forma a desarticular qualquer possibilidade de expressão público-política de tais sentimentos, mesmo em sua forma negativa, enquanto experiências de injustiça, ou de desrespeito (HONNETH, 2008a, p. 87). Honneth apóia-se (com cautela, segundo o próprio) em análises de Foucault sobre o discurso para identificar os referidos mecanismos de controle, chegando à conclusão de que haveria dois mecanismos principais: (i) processos de exclusão cultural, que funcionam de forma a limitar as possibilidades de expressão simbólica e semântica dos sentimentos de injustiça; e (ii) processos de individualização institucionalizada, que consistem em estratégias adotadas pelo Estado e por outras organizações para impedir que os sentimentos de injustiça sejam comunalmente interpretados, estratégias que se dariam por meio de apoio, incentivos e exigências individualistas, como o discurso do desempenho, ou sucesso individual, tão afeito a sociedades capitalistas. Assim, mesmo as demandas dos movimentos sociais não estão imunes aos mecanismos de controle e mesmo esses grupos – em determinados contextos – podem vir a submeter outros sujeitos. Por essa razão, não são os movimentos sociais que devem ser tomados como o único ponto de referência empírico para se diagnosticar patologias sociais, mas a injustiça social em si, na forma de sofrimento expresso em considerações moral-psicológicas, deve ser o referencial empírico de uma teoria social que se pretenda crítica (HONNETH, 2003b, p. 120, 125, 134).

Contudo, se a crítica não deve ser justificada somente com base em demandas que já tenham atingido a esfera pública, uma vez que não expressam o suficiente sobre as formas existentes de injustiça social (embora possam estar articuladas como se o expressassem), de que maneira as experiências subjetivas de descontentamento social devem fundamentar empiricamente diagnósticos críticos? Ou, ainda, como o sofrimento acarretado pela experiência de desrespeito pode ser interpretado como possuidor de um potencial normativo que indique o sentido de mudança da realidade social patológica?

Interessante observar que a resposta a essas perguntas já nos apresenta como o trabalho de Honneth pode ser compreendido como uma teoria de justiça, pois as experiências de desrespeito trazem em si as expectativas normativas que os sujeitos possuem em relação à sociedade e, ao mesmo tempo, as várias formas pelas quais a sociedade pode descumprir essas expectativas. Afinal, “*every society requires justification from the perspective of its members to the extent that it has to fulfill a number of normative criteria that arise from deep-seated claims in the context of social interaction*” (HONNETH, 2003b, p. 129). Assim, Honneth

afirma que os sentimentos de desrespeito social trazem em si um *núcleo normativo* no sentido de que revelam aquilo que os sujeitos experienciam como injusto/injustificável em relação à sociedade. Ainda permanece a questão de como delimitar o conteúdo material desse núcleo normativo: estaria ele restrito a certas normas geralmente aceitas e institucionalizadas numa determinada sociedade? Se assim o fosse, os sujeitos dessa mesma sociedade experienciarão como injustas apenas as atitudes violatórias de tais princípios e apenas demandariam seu cumprimento e reparação de eventuais danos causados. De fato, Honneth (2003b, p. 129-130) argumenta que uma abordagem *procedimentalista sociologicamente orientada* da justiça entende que um indivíduo toma como socialmente injustas as regras e procedimentos institucionalizados aos quais lhes faltem razões geralmente compreensíveis como legítimas. O filósofo concorda com a constatação desse vínculo entre a avaliação individual-subjetiva de instituições sociais e a própria estrutura das práticas públicas de justificação adotadas por essas mesmas instituições: o que é geralmente reconhecido como um argumento legítimo adquirirá validade social e, em alguma medida, moldará os padrões avaliativos subjetivos. Contudo, essa abordagem restringe o conteúdo material do referido núcleo normativo do desrespeito àquilo que é já socialmente legítimo e ignora a existência de demandas e sofrimentos individuais que questionam a legitimidade de regras já institucionalizadas:

Thus, when it comes to understanding the experience of social injustice categorially, the material horizons of expectation that make up the “material” of all public processes of justification must also be taken into account. For an institutional rule or measure that, in light of generally accepted grounds, violates deep-seated claims on the social order, is experienced as social injustice. (HONNETH, 2003b, p. 130)

Para Honneth, as expectativas individuais que os sujeitos trazem consigo têm um potencial questionador da ordem social e, por isso, devem ser consideradas enquanto componentes do *material* de legitimação de regras e processos público-institucionais. Ao buscar conceituar uma formulação antropológico-formal do que seriam as expectativas normativas que os sujeitos têm em relação à sociedade, Honneth insere a formulação positiva daquilo que trazem os sentimentos negativos de desrespeito: “*subjects perceive institutional procedures as social injustice when they see aspects of their personality being disrespected which they believe have a right to recognition* (HONNETH, 2003b, p. 132). O que os sujeitos esperam de sua sociedade é, portanto, o reconhecimento de suas demandas identitárias. O que é por eles considerado injusto são exatamente regras e procedimentos institucionais que violam suas demandas legítimas por reconhecimento social. Por isso, a Teoria Social Crítica deve adotar o

vocabulário moral do reconhecimento para diagnosticar devidamente patologias sociais, entendidas agora como práticas, regras e procedimentos institucionalizados na sociedade que não reconhecem demandas legítimas por reconhecimento social de aspectos identitários. É esse o vocabulário que permite à filosofia social ter acesso às experiências cotidianas de sofrimentos percebidos como injustos sem correr o risco de meramente reproduzir a cultura moral prevalecente em uma sociedade e, ademais, a crítica daí fundamentada tampouco se distancia em demasia da realidade, pois não se apóia em valores a ela externos, mas sim em potenciais morais por ela mesma revelados.

Assim compreendida a construção inicial que Honneth faz do método antropológico-formal de justificação de diagnósticos de patologias sociais como a utilização do vocabulário moral fornecido pelas experiências de desrespeito e respectivas demandas por reconhecimento, apresentamos a seguir a aplicação e desenvolvimento que o filósofo alemão faz desse método resultando no que ele vem a nomear *Teoria do Reconhecimento*.

1.3 As esferas do reconhecimento: amor, direito e estima social

Em sua obra clássica *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (2003a), Honneth sistematiza uma teoria do reconhecimento que tem como fundamento o conflito social, o qual se expressa por meio de um processo de *luta* pela construção social da identidade (pessoal e coletiva), identificado como uma *luta por reconhecimento* (NOBRE, 2003, p. 11). Em suas palavras, essa obra é um intento de “desenvolver os fundamentos de uma teoria social de teor normativo partindo do modelo conceitual hegeliano de uma ‘luta por reconhecimento’” (HONNETH, 2003a, p. 23). Sua principal referência teórica nesse estudo é Hegel, em sua fase inicial, momento em que ele desenvolveu o referido modelo, depois abandonado em sua fase madura. No intuito de atualizar a teoria hegeliana do reconhecimento, Honneth busca em George Herbert Mead conceitos baseados no empirismo da psicologia social, pois Mead possui como uma de suas grandes preocupações trabalhar os problemas filosóficos do idealismo alemão relacionados à teoria do reconhecimento, atribuindo-lhe método de investigação empírico. Honneth vê na psicologia social a possibilidade de se estudar as operações cognitivas do ser humano que lhe permitem interagir socialmente. Assim, da teoria do reconhecimento elaborada por Hegel e de sua atualização realizada por Mead, deriva a teoria do reconhecimento de Honneth. Assim como feito por Hegel e Mead, Honneth distingue três diferentes formas de reconhecimento

recíproco, já institucionalizadas na realidade social: o amor, o direito e a estima social, as quais variam conforme a constituição dos diferentes níveis de identidade pessoal e a intensificação da relação positiva da pessoa consigo mesma. À experiência do reconhecimento é inerente o risco de lesão, isto é, o risco de se passar por alguma experiência de desrespeito, uma vez que a auto-imagem normativa de um ser humano (ou, o seu *Me*, como conceituado por Mead) depende de que seja constantemente reafirmada pelo outro. Já adotando o vocabulário moral do reconhecimento, Honneth define a experiência de desrespeito como a recusa de reconhecimento, como um aspecto do “comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquirem de maneira intersubjetiva” (2003a, p. 213). Assim, a cada uma das formas de reconhecimento corresponde uma forma de desrespeito: violação, privação de direitos e degradação, cuja intensidade também varia segundo o grau da relação do sujeito consigo mesmo e o nível de identidade pessoal que o ato desrespeitoso atinge.

Em seguida, apoiando-nos especialmente na obra *Luta por reconhecimento*, apresentaremos como Honneth apropria-se do vocabulário moral do reconhecimento para diagnosticar déficits e assimetrias de reconhecimento na sociedade capitalista liberal desde a modernidade até a contemporaneidade. Por meio desse diagnóstico, ele constrói uma crítica reveladora de uma sociedade cuja transformação moral (que, desde então, tem se dado num sentido de progresso) ocorre por meio de lutas por reconhecimento de potenciais morais ainda não realizados na realidade social.

1.3.1 Família e amor

As três esferas de reconhecimento com as quais Honneth trabalha são por ele identificadas como tendo se institucionalizado no surgimento da sociedade burguesa capitalista e, até o presente, encontram-se em operação. Inicialmente, Honneth (2003b, p. 138-139) constata que as atitudes de cuidado e amor surgidas de forma rudimentar na sociedade pré-moderna passaram por dois processos de institucionalização na modernidade⁸: (i) a disseminação da compreensão da infância enquanto período no qual as crianças têm

⁸ Importa ressaltar que Honneth modificou sua compreensão sobre a historicidade das relações amorosas. Em *Luta por reconhecimento* (2003a), ele parecia compreender o amor como ahistórico, como se pode depreender da seguinte passagem, na qual as esferas de reconhecimento do direito e do amor são comparadas: “[...] a forma de reciprocidade especial do reconhecimento jurídico, diferentemente daquela do amor, só pôde se constituir na

necessidades especiais de cuidado – e, por conseguinte, os pais e adultos possuem deveres específicos quanto a elas – possibilitou a institucionalização de relações afetivas também específicas entre pais e filhos, ou entre adultos e crianças; (ii) e a separação das relações entre pessoas das pressões econômicas e sociais, permitindo o desenvolvimento de relações intersubjetivas de mútuo afeto que podem vir a resultar em casamento e amizade, por exemplo. Em ambos os processos, institucionalizou-se na sociedade o reconhecimento recíproco de um *outro concreto* que possui necessidades específicas e também concretas que devem satisfeitas, sendo essa a característica básica de relações amorosas, ou afetivas. Não se deve atribuir ao conceito de *amor* um caráter romantizado. Na verdade, “por relações amorosas devem ser entendidas aqui todas as relações primárias, na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizades e de relações pais/filho” (HONNETH, 2003a, p. 159). O amor consiste na primeira etapa de reconhecimento recíproco, pois é nela a primeira vez que dois sujeitos se reconhecem como seres unidos em virtude de uma dependência mútua, no caso, uma dependência decorrente de um estado carencial.

De fato, Honneth (2008a, p. 163) empenha-se em demonstrar que o amor é fenômeno moral, embora seja geralmente interpretado pela filosofia moral de tradição kantiana como um fenômeno pré-moral, conclusão equivocada por se apoiar numa concepção de moralidade fortemente fundamentada por princípios de imparcialidade. Inclusive, esse equívoco pode ser interpretado como produzindo efeitos na realidade, como se constata da análise citada por Honneth (2008a, p. 170) de Philip Pettit sobre o amor, quem identifica uma limitação linguística à expressão das razões por que se ama alguém: a linguagem moral dominante não possibilita a expressão desse amor senão em termos generalizantes, negando a particularidade concreta, a totalidade de quem se ama. Mas é na psicanálise que Honneth encontra evidências empíricas de uma moralidade específica da relação amorosa, que a torna uma forma também específica de relação de reconhecimento.

Citando o psicanalista Donald Winnicott, Honneth explica que, no início de sua vida, o bebê e sua mãe criam uma relação de dependência mútua tão intensa a ponto de se caracterizar como uma fase de *intersubjetividade indiferenciada*: “não só o bebê deve alucinar, tomando o comportamento cuidadoso materno como uma emanção da própria onipotência; também a mãe perceberá todas as reações de seu filho como o elemento de um único ciclo de ação”

seqüência de uma evolução histórica” (HONNETH, 2003a, p. 180). Como se vê da exposição que se seguirá, Honneth atualmente compreende o amor como também histórico.

(HONNETH, 2003a, p. 164-165). A fase de simbiose só chega ao fim quando a mãe é pressionada a retomar sua rotina de convivência com outras pessoas (sejam membros da família, colegas do trabalho, etc.) e, conseqüentemente, passa a negar-se a satisfazer imediatamente as necessidades da criança. Ao progressivo desaparego da mãe corresponde um desenvolvimento intelectual do bebê que o permite realizar uma diferenciação cognitiva de seu próprio ego e do ambiente a sua volta. Assim, finda-se a fase de dependência absoluta e inicia-se a de dependência apenas relativa da criança em relação à mãe. Essa etapa é caracterizada pelo que Winnicott chama de *destruição da mãe*. Numa reação de rebeldia à falta da mãe, o bebê dirige-lhe golpes agressivos para testar se ela realmente pertence a uma realidade objetiva, isto é, uma realidade sobre a qual ele já não é onipotente e não tem controle. “Se, pelo caminho assim traçado, um primeiro passo de delimitação recíproca é bem-sucedido, a mãe e a criança podem saber-se dependentes do amor do respectivo outro, sem terem de fundir-se simbioticamente uma na outra” (HONNETH, 2003a, p. 170). Identifica-se na reação destrutiva da criança uma primeira forma de luta por reconhecimento. Portanto, se a mãe demonstra resistência aos atos destrutivos, o bebê passa a reconhecê-la como um ser diferenciado, independente, possuidor de direito próprio e, ao mesmo tempo, passa a perceber-se como um ser dependente da dedicação daquela para sua própria sobrevivência.

Segue-se a isso um mecanismo imaginativo definido por Winnicott como *objeto transicional*. A criança projeta sua afetividade a um objeto, que se torna amado e, então, é destruído. Esse mecanismo funciona como um elo de “mediação ontológica entre a vivência primária do estar fundido e a experiência do estar separado” (HONNETH, 2003a, p. 171). Dessa forma, a criança demonstra possuir confiança na continuidade e durabilidade da dedicação materna. A criança só é capaz de estar só se adquirir *auto-confiança*:

a criança pequena, por se tornar segura do amor materno, alcança uma confiança em si mesma que lhe possibilita estar a sós despreocupadamente. [...] Essa observação pode ser entendida como uma exigência sistemática de encontrar na relação bem-sucedida entre mãe e filho o padrão interativo cuja ocorrência madura na etapa da vida adulta seria um indicador do êxito das ligações afetivas com outros seres humanos. (HONNETH, 2003a, p. 174)

Por conseguinte, todas as relações amorosas maduras que se seguem após a relação pais/filho iniciam-se pelo desejo do sujeito de estar fundido com o outro. Mas ela só se torna uma relação de amor se sofrer uma ruptura por meio da separação. À forma de reconhecimento do amor é peculiar a tensão constante entre a dependência simbiótica e a

autonomia egocêntrica. De tal tensão resulta o reconhecimento intersubjetivo da independência de um em relação ao outro. Como conclui Honneth, a auto-confiança mutuamente adquirida na relação de reconhecimento recíproco do amor precede as outras formas de reconhecimento intersubjetivo.

[A]quela camada fundamental de uma segurança emotiva não apenas na experiência, mas também na manifestação das próprias carências e sentimentos, propiciada pela experiência intersubjetiva do amor, constitui o pressuposto psíquico do desenvolvimento de todas as outras atitudes de auto-respeito. (HONNETH, 2003a, p. 177)

À forma de reconhecimento pelo amor corresponde a experiência de desrespeito que atinge a integridade pessoal, chamada por Honneth de “violação”. Trata-se da forma mais elementar de desrespeito, que lesiona com maior profundidade a auto-relação prática do sujeito. Como evidencia Honneth,

[o]s maus-tratos físicos de um sujeito representam um tipo de desrespeito que fere duradouramente a confiança, aprendida através do amor, na capacidade de coordenação autônoma do próprio corpo; daí a consequência ser também, com efeito, uma perda de confiança em si e no mundo, que se estende até as camadas corporais do relacionamento prático com outros sujeitos, emparelhada com uma espécie de vergonha social. (HONNETH, 2003a, p. 215)

A auto-confiança adquirida pela experiência emotiva é fatalmente violada, uma vez que os maus tratos sujeitam o indivíduo à vontade de um outro e não geram somente consequências físicas, mas também psíquicas e morais. Considerando que a auto-confiança é pressuposto das outras formas de reconhecimento recíproco, elas também estarão prejudicadas. O relacionamento do indivíduo consigo mesmo e com a coletividade a que pertence é lesado de maneira duradoura. Mas se as formas de reconhecimento, como desenhadas por Honneth, devem ser compreendidas como modelos abstratos de interação intersubjetiva que trazem em si um material normativo e também funcionam como padrões de interação social publicamente justificados, sua ocorrência concreta na realidade pode ser submetida a objeções e dúvidas (HONNETH, 2003b, p. 145). De fato, Honneth (2003b, p. 149-150) identifica que as esferas de reconhecimento possuem um *excedente de validade* (*surplus of validity*) que possibilita àqueles que considerem terem sido de alguma maneira injustamente – ou desrespeitosamente – tratados reclamar sua realização e, assim, expandir o respectivo tipo de reconhecimento que se alegue denegado.

Quanto à possibilidade de o amor possuir algum potencial de desenvolvimento normativo, Honneth faz uma correção de sua interpretação: enquanto em *Luta por reconhecimento* (2003a, p. 256), essa possibilidade não existiria, numa nova interpretação, em *Redistribution or recognition?* (2003b, p. 144, 192-193), ele reconhece que o amor possui um excedente de validade cuja realização pode ser reclamada por meio de conflitos interpretativos. Assim, pessoas que estejam mutuamente envolvidas numa relação amorosa podem reclamar a atenção, ou cuidado especial de seu parceiro a novas necessidades que tenham surgido ou que tenham sido ignoradas, sendo que essa demanda se justificaria com base no amor mutuamente sentido. De fato, como se depreende da análise de Amélie Rorty (HONNETH, 2008a, p. 169) sobre o amor, de uma forma geral, os parceiros numa relação amorosa possuem ao menos três expectativas cuja não satisfação poderia provocar lutas por reconhecimento, ou que poderiam ser utilizadas para legitimar demandas por reconhecimento de necessidades ignoradas pelo outro: (i) o desejo de ser amado não em parte, mas no todo; (ii) a esperança de que o outro amado mantenha seu sentimento de amor mesmo após eventuais mudanças (como de caráter e personalidade, por exemplo), o que revela uma consciência da historicidade das relações afetivas e uma preocupação com esse outro que não se restringe a um presente, mas também se direciona ao futuro; e, paradoxalmente, (iii) a expectativa de que, embora históricos, os sentimentos sejam duráveis. Depreende-se daí que as lutas por reconhecimento operam numa dialética moral entre o universal e o particular: uma diferença particular relativa é argumentada para demandar a aplicação de algum princípio normativo de reconhecimento não realizado e, assim, modificar a interpretação corrente (HONNETH, 2003b, p. 152).

Até o momento, não fica claro como conflitos amorosos podem modificar a interpretação social que se dá ao amor, pois parece que esse tipo de controvérsia estaria restrita ao vocabulário próprio do amor, a reflexões meramente pessoais das quais se espera compreensão apenas com quem se compartilhe laços afetivos, pois se apela apenas ao afeto que se tem em comum com o outro, não a um fundamento racional de direitos e deveres universais e recíprocos. Ao se analisar a trajetória histórica da família e sua relação com o Estado, essa possibilidade se explicita (HONNETH, 2008a, p. 144-146). Aqueles mesmos processos de institucionalização do amor no início da modernidade, pelos quais o casamento passou a ser pensado como isento de considerações externas (sociais ou políticas) ao sentimento de amor recíproco entre os cônjuges, a infância passou a ser concebida de forma a evitar intervenções econômicas e estatais e, crescente-se ainda, a inserção da noção de

igualdade distributiva de recursos entre os membros da família (por meio, por exemplo, da distribuição equitativa da herança), tiveram como consequência uma crescente autonomização da família em relação ao Estado e à sociedade em geral. Esse processo de “privatização” da família ocorreu de forma paradoxal, pois os problemas morais tipicamente familiares não deixaram de existir, mas apenas passaram do campo das relações externas, públicas, ao campo das relações internas à família. Assim, a exploração econômica do trabalho doméstico e as demais formas de violência contra mulheres e crianças, por exemplo, tornaram-se assuntos de interesse privado, a serem lidados apenas por aqueles envolvidos na relação intra-familiar. Em contraste a essa situação, Honneth (2008a, p. 156-158) constata que o que se tem verificado contemporaneamente é o gradual retorno da família à esfera pública institucional do Estado e da sociedade: na medida em que os membros de uma família são também portadores de direitos assegurados pelo Estado, no momento em que o vocabulário do amor falha, isto é, em que um sujeito entende que suas necessidades específicas não estão sendo satisfeitas, ele pode utilizar o vocabulário jurídico-moral do respeito para, assim, demandar ser tratado como um igual membro da sociedade. Dessa maneira, demandas por amor e cuidado que sejam mal interpretadas a partir de convenções sociais discriminatórias (como o sexismo, por exemplo), podem ser questionadas e, assim, sua interpretação pode ser modificada de maneira a ser devidamente atendida. Uma tal possibilidade é explicitamente perceptível em legislações que criminalizam a violência doméstica contra a mulher, que tem o objetivo não apenas de que a mulher pertencente à sociedade à qual se aplica a referida lei tenha sua integridade física garantida, mas também que suas necessidades sejam socialmente interpretadas não mais por convenções machistas e misóginas.

O que essa situação nos apresenta é uma constante tensão entre limites que são a todo tempo questionados, sejam os limites entre o público e o privado, sejam os limites entre as esferas de reconhecimento do amor e do direito. Honneth (2003b, p. 146) reconhece essa tensão e propõe, então, que as esferas de reconhecimento devem ser interpretadas em abstração a suas formas institucionalizadas (seja na forma da família, ou do direito positivado, por exemplo), pois o que importa é seu conteúdo normativo, que pode se expressar em diversas instituições sociais, ou ainda, uma mesma instituição pode trazer em si uma mescla de vários princípios normativos de reconhecimento, ocorrência que é, na verdade, a mais comumente encontrada. Como já se pode imaginar pelo até agora exposto, o vocabulário moral do direito é aquele que mais se expande para assegurar a realização das demais formas de reconhecimento. Assim, passamos a expô-lo a seguir.

1.3.2 Direito e respeito

Ao tentar localizar a esfera do reconhecimento do direito em evidências empíricas, Honneth apóia-se tanto no processo de socialização do sujeito, conforme descrito por Mead, como em evidências históricas. Quanto ao aparato teórico da psicologia social, Honneth traz o que Mead define como fenômeno originário da autoconsciência, isto é, da autoconscientização sobre os significados das ações sociais. Para ele, a autoconsciência deve ser adquirida de forma intersubjetiva, pois surge no momento em que o sujeito consegue produzir em si mesmo a exata reação que seu ato causou em seu interlocutor. O resultado desse processo é o *Me*, a representação da imagem que o outro tem de mim, a identidade que sou capaz de formar a partir da perspectiva do outro, conservando minha atividade momentânea como algo passado. Mead contrapõe a essa idéia o conceito de *Eu*, o qual representa a fonte anômica de todas as ações atuais de um determinado sujeito, pertencentes ao âmbito da personalidade humana que responde de forma criativa e espontânea aos problemas práticos. Portanto, o *Eu* precede a autoconsciência que se forma a partir da perspectiva do outro interlocutor (do *Me*), mas ao mesmo tempo, ele sempre interage com as manifestações práticas mantidas conscientemente no *Me*, comentando-as. Assim, existe uma espécie de diálogo entre o *Eu* e o *Me*. Segundo Mead,

[o] “Eu” não pode [...] nunca existir como um objeto na consciência. Mas ele é justamente o caráter dialógico de nossa experiência interna, precisamente o processo em cujo curso respondemos à nossa própria fala e que implica um “Eu” que responde, atrás do palco, aos gestos e símbolos que aparecem em nossa consciência. [...] A identidade consciente de si mesma, de fato operante no relacionamento social, é um “Me” objetivo, ou são vários “Mes”, num processo de reação contínuo. Eles implicam um “Eu” fictício, que nunca entra no próprio campo de visão. (MEAD apud HONNETH, 2003a, p. 130-131)

Após suas investigações sobre a formação da autoconsciência, Mead passa à compreensão do processo de formação da *identidade prático-moral* do sujeito. Assim, o *Me* deixa de ser mera auto-imagem cognitiva e transforma-se numa auto-imagem prática no momento em que o se sujeito coloca na perspectiva normativa de seu interlocutor e, assim, internaliza suas referências axiológicas morais e as aplica na relação prática consigo mesmo. À medida que o círculo de parceiros de interação aumenta, as referências normativas do sujeito também se ampliam, até a formação do que Mead chamou de *outro generalizado*. Na

explicação de Honneth, essa é uma categoria que resulta do processo de socialização, o qual

se efetua na forma de uma interiorização de normas de ação, provenientes da generalização das expectativas de comportamento de todos os membros da sociedade. 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. (HONNETH, 2003a, p. 135)

De acordo com Honneth (2003a, p. 179), desse mesmo padrão de socialização, pelo qual o sujeito se constitui como autônomo em relação ao outro, distinguem-se o reconhecimento por meio do amor e, também, o reconhecimento pela relação jurídica, embora se dêem por diferentes mecanismos de reconhecimento recíproco: enquanto no amor, reconhece-se um sujeito concreto não-generalizável, um sujeito entende-se como portador de direitos quando, da perspectiva normativa do *outro generalizado*, compreende que deve cumprir determinadas obrigações perante esse outro. O sujeito vê-se inserido numa coletividade formada por indivíduos portadores de direitos cuja observação pode ser-lhe exigida. Assim, ele se reconhece como um membro dessa coletividade, também portador de direitos, cuja satisfação ele pode legitimamente esperar. Desse modo, amor e respeito são duas experiências morais diferentes: temos deveres morais tanto em relação a um outro concreto com quem temos uma relação de mútuo afeto, e também em relação a um outro generalizado (HONNETH, 2008a, p. 178).

Para demonstrar o que há de específico no reconhecimento recíproco que ocorre por meio da relação jurídica, bem como a espécie de auto-relação daí resultante, Honneth realiza uma diferenciação entre o direito ligado à tradição e o direito pós-tradicional. Assim como a relação amorosa, o reconhecimento jurídico intersubjetivo possui uma historicidade, isto é, os padrões de reconhecimento jurídico recíproco variam ao longo do tempo. Enquanto o direito estava ligado às tradições éticas, o reconhecimento do indivíduo como pessoa de direito fundia-se com a estima social atribuída à posição que ocupava na hierarquia da sociedade da qual fazia parte. Com o advento da modernidade, os direitos individuais deixaram de referir-se à estima social e universalizaram-se sobre as bases da liberdade e da igualdade. O sistema jurídico passa a ser entendido “como expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, de sorte que ele não admita mais [...] exceções e privilégios” (HONNETH, 2003a, p. 181). Para elucidar ainda melhor a diferenciação entre a relação

jurídica e a relação de estima social, Honneth ressalta a existência de dois aspectos semânticos do termo *respeito*, separados com o surgimento do direito moderno. O primeiro aspecto possui um sentido kantiano segundo o qual “ter de reconhecer todo outro ser humano como uma pessoa significa, então, agir em relação a ele do modo a que nos obrigam moralmente as propriedades de uma pessoa” (HONNETH, 2003a, p. 186), sendo esse o aspecto que se configura no reconhecimento jurídico, estabelecendo que as pessoas devem ser respeitadas igualmente, sem quaisquer distinções. Num outro aspecto, o respeito relaciona-se à estima social atribuída a um indivíduo, por meio do qual seu valor social é medido intersubjetivamente por meio de critérios de relevância social. Ao comparar ambos os significados, Honneth conclui que tanto no reconhecimento jurídico, como na estima social, o respeito ao sujeito provém de determinadas propriedades. No primeiro caso, trata-se da propriedade universal que o torna uma pessoa. No outro, importam as propriedades do sujeito que lhe são peculiares, diferenciando-o de outrem (HONNETH, 2003a, p. 187). Para a forma de reconhecimento do direito, importa o primeiro significado.

A propriedade universal reconhecida nos sujeitos juridicamente capazes pode ser definida a partir do fundamento de legitimidade do direito moderno. Honneth apresenta uma explicação inicial ao considerar a ordem jurídica moderna fundamentada sobre os princípios universalistas de igualdade e liberdade, fato gerador de um novo tipo de reciprocidade para a relação jurídica de forma que, “obedecendo à mesma lei, os sujeitos de direito se reconhecem reciprocamente como pessoas capazes de decidir com autonomia individual sobre normas morais” (HONNETH, 2003a, p. 182). Em outras palavras, tendo-se em vista que a legitimidade da ordem jurídica moderna fundamenta-se na idéia de que indivíduos capazes de tomar decisões racionais acordaram entre si sobre as normas componentes desse ordenamento jurídico, os membros dessa comunidade jurídica compartilham, então, da capacidade de decidir autonomamente sobre questões morais, até chegarem a um acordo, em pé de igualdade (HONNETH, 2003a, p. 188). Portanto, um dos fundamentos de uma tal comunidade é a *imputabilidade moral* de todos os seus membros. Honneth destaca que as propriedades que tornam um indivíduo uma pessoa moralmente imputável não são definitivas, mas se alteram ao longo da história e, embora sejam pensadas de forma universalista, só podem ser aplicadas empiricamente a sujeitos concretos, por meio de uma avaliação sobre seu pertencimento ou não àquele grupo de pessoas moralmente imputáveis (HONNETH, 2003a, p. 186). Essa dialética moral entre o universal e o particular também foi identificada por Mead em sua análise do conflito interno entre o *Me* e o *Eu* do indivíduo: “[é] a existência do ‘Me’ que força

o sujeito a engajar-se, no interesse de seu ‘Eu’, por novas formas de reconhecimento social” (HONNETH, 2003a, p. 141). Como referido anteriormente, o *Me* guarda todas as normas sociais que guiam o sujeito em seu comportamento segundo as expectativas sociais e, por outro lado, por meio do *Eu*, manifestam-se os impulsos internos ao indivíduo que fazem com que ele reaja criativamente diante dos desafios sociais. Mead identifica, então, a existência de uma tensão entre a vontade internalizada da sociedade e as pretensões individuais. Para colocar em prática suas pretensões individuais, as mesmas devem ser reconhecidas pelos outros membros do corpo social, resultando num conflito moral entre o sujeito e sua coletividade e, portanto, numa nova luta por reconhecimento (HONNETH, 2003a, p. 141). Para solucionar esse conflito moral, o indivíduo deve idealizar uma sociedade em que as pretensões de seu *Eu* são reconhecidas, para que ele possa guiar sua conduta conforme esse ideal que, conseqüentemente, toma o lugar do *outro generalizado* da coletividade existente.

A exigência é por liberdade de convenções, de leis. Naturalmente, uma tal situação só é possível quando o indivíduo se volta de uma sociedade estreita e limitada para uma mais abrangente, mais abrangente no sentido lógico de que há nela mais direitos que são menos restritos. Desviamos-nos de convenções fixas, que não têm mais sentido para uma sociedade onde os direitos devem ser publicamente reconhecidos, e apelamos para uma outra sob a assunção de que há um grupo de outros organizados que reagem ao próprio apelo – mesmo que ele deva estar dirigido à posteridade. (MEAD *apud* HONNETH, 2003a, p. 142-143)

Apenas nessas condições, o indivíduo é capaz de auto-afirmação, isto é, de defender suas pretensões individuais perante seu meio social. O *Me* idealizado concede ao indivíduo o reconhecimento intersubjetivo que lhe permite manter sua identidade. Por sua vez, o *Eu* faz com que elementos do *Me* ideal atinjam a práxis social e que os indivíduos se engajem numa luta pela ampliação do reconhecimento jurídico e, portanto, de sua autonomia pessoal. “Da imensidade dessas divergências morais, que constantemente recobrem de certa maneira o processo de vida social com uma rede de ideais normativos, resulta para Mead o movimento que constitui o processo de evolução social.” (HONNETH, 2003a, p. 143)

Até *Luta por reconhecimento* (2003a), Honneth parece ter considerado a imputabilidade moral como categoria de análise suficiente para a compreensão do fundamento da ordem jurídica moderna. Não obstante, em *Sofrimento de indeterminação* (2007), Honneth promove uma reatualização da *Filosofia do direito* de Hegel e entende que, na verdade, o direito moderno estaria fundado não em uma, mas em duas categorias básicas de liberdade individual, que teriam exercido considerável influência na auto-compreensão da sociedade

moderna, enquanto pressupostos ao processo de auto-realização individual: a idéia de *moralidade* ou *autonomia moral*, pela qual se caracteriza a liberdade individual como a capacidade de autodeterminação moral, similar ao que Honneth já vinha chamando de imputabilidade moral; e a idéia de *direito formal* ou *abstrato*, pela qual se considera livre o sujeito que constrói sua própria liberdade em direitos subjetivos (HONNETH, 2007, p. 71).

O direito formal mostra seu valor ético à auto-realização individual por apresentar a possibilidade de reconhecimento recíproco intersubjetivo dos indivíduos como portadores de pretensões de direitos e, ao mesmo tempo, por abrir a oportunidade ao sujeito de “prescindir de todas as relações concretas e papéis sociais, para com isso insistir na própria indeterminação e abertura” (HONNETH, 2007, p. 90) e, assim, manter abertas as possibilidades de vivências. No entanto, se compreendido de forma absoluta numa idéia de direito privado, o direito abstrato acaba por negar “toda limitação e validade concretas” (HEGEL *apud* HONNETH, 2007, p. 87) ao próprio direito de liberdade individual e, assim, embora se reconheça o outro como portador de pretensões de direito, sua liberdade torna-se apenas “meio para satisfação do próprio interesse, ou seja, em manter aberta a maior quantidade possível de opções para a ação” (HONNETH, 2007, p. 87-88). Por sua vez, o valor ético da *autonomia moral* para a auto-realização individual está no processo de auto-reflexão racional que cada um deve realizar consigo mesmo, sendo que a validade de sua ação decorre do resultado desse processo reflexivo. Desse modo, a liberdade individual enquanto autonomia moral apresenta-se numa relação do sujeito consigo mesmo, correndo o risco de ser absolutizada se aplicada segundo o imperativo categórico kantiano, ao qual a liberdade de uma ação estaria condicionada a sua possibilidade de *universalização* (HONNETH, 2007, p. 94). A crítica hegeliana ao princípio de universalização kantiano fundamenta-se em dois argumentos, segundo Honneth (2007, p. 95): (i) um que se refere à teoria moral, segundo o qual não se deve ignorar que já estamos inseridos em um contexto social no qual encontram-se institucionalizados princípios morais, o que impossibilitaria a aplicação do imperativo categórico; (ii) o segundo argumento é de cunho ontológico-social e estabelece que os referidos princípios normativos contidos na vida social institucionalizada devem ser razoáveis e racionais, estando sujeitos a questionamento se não o forem, evitando-se, assim, que se recaia num relativismo moral. De qualquer forma, para se evitar a exacerbação da autonomia moral, ou do direito abstrato, ambas as categorias da liberdade individual devem se referir a um contexto social intersubjetivamente partilhado: a relação de reconhecimento recíproco com o outro coloca os limites para a atuação individual e fornece o lastro moral-

argumentativo para se denunciar princípios normativos institucionalizados que sejam desarrazoados e irracionais.

Retomando a discussão contida em *Luta por reconhecimento* sobre a esfera do direito, temos que o tipo de auto-relação prática positiva possibilitada pelo reconhecimento jurídico é definido por Honneth como *auto-respeito*, surgido no momento em que o sujeito concebe sua ação como algo decorrente de sua autonomia, respeitada por todos os outros membros da coletividade. Por merecer o respeito dos outros, o sujeito conscientiza-se de que pode respeitar a si mesmo. Direitos são “como signos anonimizados de um respeito social” (HONNETH, 2003a, p. 194) e, como tal, fazem surgir no indivíduo uma consciência de *auto-respeito*, que pode corresponder a duas acepções: como a consciência de possuir “capacidade reconhecível de afirmar pretensões” (FEINBERG apud HONNETH, 2003a, p. 196) perante outrem; e a possibilidade de um sujeito referir positivamente a si mesmo como “uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade” (2003a, p. 197).

A forma de desrespeito correspondente ao reconhecimento jurídico intersubjetivo é, logicamente, a privação de direitos, a qual resulta em exclusão social. Esse tipo de experiência de denegação de reconhecimento gera no indivíduo afetado não apenas uma limitação de sua autonomia pessoal, mas também um sentimento de não-pertencimento ao grupo social por ele almejado, por não possuir o mesmo *status* de um parceiro de interação reconhecidamente pertencente a esse grupo. “Portanto, o que aqui é subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento é o respeito cognitivo de uma imputabilidade moral que, por seu turno, tem de ser adquirida a custo em processos de interação socializadora” (HONNETH, 2003a, p. 217). Ao ser privado de direitos garantidos aos outros membros do grupo social, o indivíduo não é reconhecido como um sujeito de direitos, nem como um membro moralmente imputável, isto é, como um ser capaz de participar da interação social em condições de igualdade e, portanto, experiencia um sentimento de exclusão social.

Aqueles sujeitos que não se sentirem reconhecidos ou como portadores de direitos, ou em sua autonomia moral, poderão lutar pela realização do excedente de validade presente nas propriedades jurídicas que os façam serem reconhecidos como sujeitos de direito.

A ampliação cumulativa de pretensões jurídicas individuais, com a qual temos de lidar em sociedades modernas, pode ser entendida como um processo em que a extensão das propriedades universais de uma pessoa moralmente imputável foi aumentando passo a passo, visto que, sob a pressão de uma luta por reconhecimento,

devem ser sempre adicionados novos pressupostos para a participação na formação racional da vontade [...]. (HONNETH, 2003a, p. 189)

Há diversas observações empíricas do fenômeno da luta por reconhecimento de direitos ao longo da história, especialmente no que diz respeito à evolução histórica dos direitos fundamentais em três diferentes esferas: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais. Honneth utiliza a construção histórica de Thomas Humphrey Marshall da conquista social progressiva dos direitos fundamentais para demonstrar que a denegação do reconhecimento de direitos subjetivos e de imputabilidade moral aos indivíduos é o que os leva a lutar para serem reconhecidos como membros de igual valor dentro da sociedade, concluindo que “os confrontos práticos que se seguem por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material como do alcance social do *status* de uma pessoa de direito” (HONNETH, 2003a, p. 194). Sendo assim, a luta por reconhecimento na esfera jurídica pode resultar em ganhos no conteúdo material do direito e, também, na ampliação da quantidade de pessoas e grupos, antes excluídos, que passarão a ter acesso às conquistas jurídicas. Um episódio exemplar de expansão da abrangência do status de pessoa moralmente imputável é o da universalização do sufrágio, direito que deixou de ser restrito apenas a homens que possuíssem um mínimo de recursos. Já uma ocasião histórica de expansão material do direito é o da transição do Estado liberal ao de bem-estar social: quando da separação entre direitos e estima social (ocorrida na transição do direito tradicional ao moderno), essa última esfera de reconhecimento passou a ser interpretada predominantemente em termos do que Honneth (2003b, p. 140-141) denomina *princípio de desempenho individual*, pelo qual a estima que a sociedade moderna atribui às capacidades e habilidades de um indivíduo depende de seu desempenho individual dentro da estrutura capitalista-liberal de divisão social do trabalho. Esse mesmo princípio de desempenho utilizado para justificar a atribuição de estima social na sociedade moderna deve ser também compreendido como legitimador público da apropriação privilegiada de recursos, pois gozava de aceitação social. Ademais, ele também era sustentado pelo princípio de igual tratamento jurídico, uma vez que mesmo a igualdade era definida em termos de desempenho individual e, assim, o tratamento desigual encontraria justificção. Entretanto, no instante em que um determinado grupo de membros dessa sociedade passou a perceber esse padrão avaliativo como enviesado, pois definido segundo padrões burgueses, começou também a se sentir desrespeitado. Assim, Honneth (2003b, p. 148-149) constata que,

paradoxalmente, o princípio de igualdade, antes utilizado para justificar a distribuição desigual de recursos, foi tomado pela classe trabalhadora em sua acepção universal – ou seja, sem que se referisse a uma definição concreta de igualdade – para apontar como injusta a distribuição de recursos, bem como para justificar a adoção de políticas de redistribuição, garantindo a todos (independentemente de seu desempenho individual na divisão social do trabalho) um mínimo de estima social, traduzida em recursos assegurados juridicamente na forma de direitos sociais. Como se observa, não apenas o conteúdo normativo da esfera do amor pode ser abrangido pela proteção institucional do direito, mas também o conteúdo material referente à esfera de reconhecimento da estima social.

1.3.3 Estima social e solidariedade

Sobre a esfera de reconhecimento do direito, foi descrito um processo em que o sujeito é reconhecido nas propriedades e capacidades que compartilha com os outros membros da coletividade, isto é, com o *outro generalizado*, mas Honneth observa a necessidade de se explicar uma forma de reconhecimento mútuo que propicie a confirmação de cada um como sujeito individuado, com suas particularidades. Também trabalhando com essa diferenciação – embora de maneira não muito explícita (HONNETH, 2003a, p. 146-147) –, Mead (HONNETH, 2003a, p. 147-149) define que o *Eu* possui duas classes distintas de pretensões: uma que busca a auto-realização por meio do respeito, ou o auto-respeito, por meio da luta pela ampliação do reconhecimento jurídico; e outra que busca pelo que ele chama de auto-realização por meio da estima socialmente atribuída, ou a *auto-estima*, alcançada por meio de um processo específico de reconhecimento intersubjetivo do valor socialmente atribuído às capacidades e propriedades particulares do sujeito. Identifica-se, portanto, um *Me* específico da auto-realização individual, que quer reconhecer-se como personalidade única e insubstituível. O *Me* da auto-realização individual também surge de um processo de generalização das expectativas normativas e dos valores sociais, de forma que tal generalização possa ser utilizada pelo sujeito como um parâmetro de valores mutuamente partilhados e identificar-se como um ser capaz de prover contribuições positivas únicas ao processo da vida social. Em vista dessas considerações, além da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, constata-se que os seres humanos também precisam de um reconhecimento baseado na estima social, que lhes permita estabelecer uma forma de auto-relação prática de valorização de suas propriedades e capacidades concretas e peculiares.

Assim, enquanto o reconhecimento pelo direito expressa-se por meio de propriedades abstratas e de pretensão universal comuns aos seres humanos, o reconhecimento pela estima social expressa-se justamente naquilo que os diferencia, em suas propriedades pessoais, particulares, mas de maneira geral, intersubjetivamente vinculante.

Para que as propriedades e capacidades peculiares a cada ser humano possam ser exprimidas generalizadamente numa sociedade, é necessário que isso ocorra por meio de “um quadro de orientações simbolicamente articulado, mas sempre aberto e poroso, no qual se formulam os valores e objetivos éticos, cujo todo constitui a *autocompreensão cultural de uma sociedade*” (HONNETH, 2003a, p. 200, grifo nosso). O reconhecimento pela estima social pressupõe, então, o partilhamento intersubjetivo de valores e objetivos éticos pela coletividade, chamado por Honneth de *autocompreensão cultural de uma sociedade*. Esse *background* de valores intersubjetivamente partilhado funciona como parâmetro de avaliação das propriedades e capacidades dos membros de uma comunidade de maneira a se atribuir o nível de estima social de cada um. Considerando que os valores e objetivos éticos não constituem um quadro fechado e imutável, Honneth entende que o alcance social e o grau de simetria social variam, respectivamente, conforme a medida de pluralização e de hierarquização (ou de horizontalização) do espectro de valores. Assim, quanto mais plural for o espectro de valores numa sociedade, maior o alcance da estima social; quanto menos hierarquizados os valores dentro do espectro, mais simétrica é a sociedade. Essa variação possui um caráter marcadamente histórico, o que levou Honneth a concluir, ao comparar a estima social com a relação jurídica, que a estima só assumiu a forma atual de *reputação* ou *prestígio* social com o abandono das sociedades estamentais e, por conseguinte, do conceito de *honra*.

Nas sociedades estamentais, a avaliação social de um sujeito não se dava por suas propriedades individuais, mas segundo o quão próximo um sujeito chegava de alcançar a honra (formada pelas propriedades de um grupo culturalmente tipificado e determinado por *status*) apropriada a seu estamento. Por conseguinte, o reconhecimento ocorrente numa sociedade estamental é simétrico entre os membros do estamento, mas assimétrico fora dele, se são comparados membros de diferentes estamentos. Apenas com o fim dos estamentos, os sujeitos passaram a disputar individualmente por estima social. Alguns princípios de honra migraram para a relação jurídica na figura da dignidade humana, como um mínimo reconhecido a todos os seres humanos por igual. Mas o direito não abarca todas as dimensões da estima social, pois “uma pessoa só pode se sentir ‘valiosa’ quando se sabe reconhecida em

realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais” (HONNETH, 2003a, p. 204). A estima social só cumpre sua função devidamente se referir-se às propriedades e capacidades individuais do sujeito as quais o distinguem de todos os outros membros da coletividade, gerando nele um sentimento de valorização. A valorização da individualidade abriu caminho para um movimento de pluralização do quadro de valores e objetivos éticos mas, ao invés de referir-se a estamentos, passou a referir-se à classe, à raça ou ao sexo – dentre outras referências –, ou seja, a medida de valor social do sujeito passou a orientar-se segundo padrões dominantes como os de classe, raça e sexo. As propriedades e capacidades individuais receberam, então, uma interpretação na práxis social desvinculada dos rígidos valores da sociedade estamental, constituindo formas diversificadas de comportamento em sociedade, dentre as quais os sujeitos podem escolher espontaneamente como sua. A esse processo de “realização espontânea de metas de vida autonomamente eleitas” (HONNETH, 2003a, p. 273). “Com esse desenvolvimento, a estima social assume um padrão que confere às formas de reconhecimento associadas a ela o caráter de relações assimétricas entre sujeitos biograficamente individuados” (HONNETH, 2003a, p. 208). Honneth verifica, então, que o valor atribuído a determinadas formas de auto-realização depende de quais grupos sociais logram interpretar publicamente como valiosas à sociedade sua forma de auto-realização, impondo-a como um padrão predominante num determinado período histórico (2003a, p. 207). Nesse sentido, a honra (associada a privilégios estamentais), antes atrelada à estima social, perde lugar para as categorias de *reputação* ou *prestígio*, as quais traduzem o grau de estima social do indivíduo segundo suas realizações e capacidades individuais.

Ao ser estimado socialmente, isto é, ao ter reconhecidas como socialmente valiosas suas realizações e capacidades, o indivíduo experiencia um tipo de auto-relação prática de confiança emotiva denominada por Honneth como *auto-estima*, por meio do qual o indivíduo adquire um sentimento positivo em relação a suas particularidades (HONNETH, 2003a, p. 210). Assim como nas demais esferas, a estima social possui sua respectiva forma de desrespeito, referida por Honneth como *ofensa* ou *degradação* do prestígio socialmente atribuído a uma pessoa. Considerando a existência de uma hierarquia social de valores que atribui mais estima a determinados padrões de auto-realização em detrimento de outros, aqueles que seguirem uma forma de auto-realização cujo valor é socialmente rebaixado deixam de ser reconhecidos nas propriedades e capacidades que lhes são peculiares, lesando sua auto-estima. “Portanto, o que aqui é subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento é o assentimento social a uma forma de auto-realização que ela encontrou

arduamente com o encorajamento baseado em solidariedades de grupos” (HONNETH, 2003a, p. 218). Assim como a experiência da privação de direitos, a degradação insere-se num processo histórico. Apenas quando os padrões de estima social se individualizam, referindo-se às propriedades e capacidades individuais (e não às propriedades coletivas), o indivíduo é capaz de referir a si mesmo a experiência de degradação social.

Outra característica dessa forma de desrespeito é o sentimento de vergonha social do sujeito ao ser rebaixado, humilhado socialmente. Segundo Honneth, “as reações negativas que acompanham no plano psíquico a experiência de desrespeito podem representar de maneira exata a base motivacional afetiva na qual está ancorada a luta por reconhecimento” (2003a, p. 219-220), uma vez que, ao experienciar tais reações (externadas especialmente na vergonha, expressão do sentimento de falta de valor próprio, não reconhecido pelos parceiros de interação), o sujeito conscientiza-se da necessidade do reconhecimento intersubjetivo de suas particularidades para ver-se constituído enquanto pessoa capaz de realizações individuais e contribuições positivas à sociedade. Mas a vergonha pode ser o impulso motivacional da luta por reconhecimento somente se ela revelar ao indivíduo a injustiça infligida em termos cognitivos, tornando-se motivo de resistência política e moral com a finalidade de fazer-se reconhecido em suas peculiaridades. Honneth (2003a, p. 224) destaca uma fraqueza dessa constatação: a vergonha social apenas *pode* (e não *tem* de) revelar a injustiça contida na experiência do desrespeito. O potencial cognitivo do sentimento de vergonha social (para tornar-se convicção política e moral) depende do ambiente político e cultural no qual o sujeito desrespeitado se insere. Num ambiente já politizado, no qual se encontram movimentos sociais articulados, esse potencial é maior.

Portanto, para que todos os membros de uma coletividade possam se sentir socialmente estimados e, conseqüentemente, adquirir auto-estima, é necessário que as relações entre eles sejam de estima simétrica. Hegel e Mead, em suas teorias do reconhecimento, chegaram a conceber um arranjo das relações sociais em perfeita simetria, no qual todos os indivíduos possuem a oportunidade de obter prestígio social. Honneth identifica nesse tipo de relação a *solidariedade* como categoria que lhe distingue das relações afetiva e jurídica, o que não foi feito satisfatoriamente por seus antecessores. Ele encontra, primeiramente, uma manifestação de solidariedade na sociedade estamental:

Na relação interna de tais grupos [estamentos], as formas de interação assumem nos casos normais o caráter de relações solidárias, porque todo membro se sabe estimado por todos os outros na mesma medida; pois por “solidariedade” pode se entender,

numa primeira aproximação, uma espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica. (HONNETH, 2003a, p. 209)

Na sociedade moderna, por sua vez, a solidariedade pressupõe relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados e autônomos. Por *simétrico* não se deve entender como *na mesma medida*, mas sim como a possibilidade de todos os sujeitos de uma dada coletividade obterem a chance (sem privilégios coletivos, sejam de classe, sexo, etc.) de experienciar suas particularidades como algo socialmente valioso. Numa sociedade como essa, os indivíduos partilham valores que os fazem enxergar as diferenças de cada um como algo que vai contribuir positiva e significativamente para a sociedade, resultando em laços de solidariedade intersubjetivos. Assim, Honneth (2003a, p. 210-211) observa que as relações solidárias transcendem a mera tolerância às particularidades individuais, pois exigem também que se nutra um interesse afetivo por essas particularidades, de maneira que os indivíduos se conduzam ativamente no sentido de sua proteção e prosperidade. Com os sujeitos agindo assim, sempre em solidariedade recíproca, os objetivos comuns à comunidade solidária tornam-se realizáveis, e a concorrência individual por estima social estará isenta de experiências de desrespeito, configurando-se o que Honneth chama de “estado pós-tradicional de solidariedade social” (2003a, p. 210).

Por óbvio, esse estado é mera idealização proposta por Honneth, pois como vimos, o princípio de desempenho individual institucionalizou-se na modernidade como um dos principais padrões avaliativos à atribuição de estima social, fazendo com que a ordem de prestígio permanecesse hierarquizada, mas segundo critérios meritórios definidos unilateralmente pela burguesia, segundo os quais o sujeito alcança prestígio social de acordo com seu desempenho enquanto sujeito produtivo na ordem capitalista de divisão social do trabalho (HONNETH, 2003b, p. 141). Assim, a luta por redistribuição surgiu quando os trabalhadores passaram a interpretar essa situação como desrespeitosa e organizaram-se em movimentos que, segundo Honneth (2003b, p. 152-155), exigiam tanto que recursos fossem assegurados na forma de direitos, como que se atribísse estima – e, conseqüentemente, mais recursos – às formas de trabalho até então desprezadas, questionando-se, assim, a aplicação corrente do princípio de desempenho. Conclui-se, assim, que, para Honneth, lutas por redistribuição ocorrem segundo os termos do vocabulário moral do reconhecimento, pois têm como motivador o conflito sobre a devida estima a ser atribuída a atividades exercidas na própria ordem capitalista, sendo que as demandas são apresentadas de forma tal que

denunciem o sistema avaliativo institucionalizado como enviesado e restritivo. O sistema de atribuição de estima da modernidade não se firmou apenas segundo o princípio de desempenho individual entendido em termos econômico-trabalhistas. Embora Honneth não tenha chegado a trabalhar diretamente com essa hipótese, é possível depreender de sua teoria que outros padrões como os de raça e sexo também institucionalizaram-se como parte do sistema de estima social moderno. Como argumenta Anibal Quijano (1993, p. 202-205), a categoria de raça não havia sido inventada até o período colonial e de descoberta das Américas e foi imediatamente apropriada pelo capitalismo, quando passou a integrar o sistema de divisão social e racial do trabalho e, assim, a cada uma das raças (negros, índios e brancos, principalmente) atribuía-se diferentes funções laborais, sendo que às raças consideradas inferiores – as não-brancas – restavam as atividades também consideradas degradantes. De maneira semelhante, Gayle Rubin (1975) apresenta de que modo a divisão social do trabalho nas sociedades modernas produz sujeitos divididos em sexos opostos e heterossexuais, assegurando-se as atividades melhor estimadas a homens heterossexuais. Analisando-se essa situação pelo vocabulário moral do reconhecimento, temos que o trabalho se dividia assim desigualmente, pois os termos do padrão avaliativo racial e sexual eram estabelecidos por europeus e americanos, homens, brancos, heterossexuais e burgueses.

Considerando o anteriormente exposto, sugerimos que a operação das esferas de reconhecimento pode ser resumidamente compreendida no quadro a seguir.

Tabela 01 – A dinâmica formal das esferas de reconhecimento

Esfera de reconhecimento	Forma de desrespeito	Como ocorre o desrespeito	Conteúdo normativo formal contido na experiência de desrespeito	Forma de auto-relação
Amor/Afeto	Violação	Violência física e não-reconhecimento do outro como capaz de estabelecer relações de afeto	Reconhecimento de um sujeito concreto, individuado, portador de necessidades específicas e de capacidade de estabelecer relações de afeto	Autoconfiança
Direito	Exclusão social	Absolutização da autonomia moral de um (uns) em detrimento de outro(s), de forma a impedi-lo(s) de participar do debate público	Inclusão de sujeitos e grupos excluídos	Auto-respeito
	Privação de direitos	Absolutização do direito formal abstrato de forma que o outro seja visto como meio para determinados fins, não-portador de pretensões legítimas de direitos	Ampliação do conteúdo material do direito	
Estima social	Degradação social: desvalorização / demérito das capacidades e propriedades particulares	Restrição quanto ao alcance de sujeitos e grupos mercedores de estima social	Aumento da cobertura/alcance da estima social por meio da pluralização do espectro de valores culturalmente partilhado	Auto-estima
		Hierarquização valorativa no espectro de valores culturalmente partilhado	Simetria dos critérios de atribuição de estima social	

Nesse sentido, compreendendo que as esferas de reconhecimento devem ser contextualizadas, para que encontremos seu conteúdo material normativo, a seguir, sugerimos uma verificação na história recente das homossexualidades de elementos que indiquem a formação de uma cultura de desrespeito a homossexuais e demais expressões do desejo não-heterossexual. Posteriormente, no Capítulo 2, daremos seguimento a essa verificação de maneira a identificarmos formas de reação ao desrespeito sofrido, que ensejaram o surgimento de um movimento social de luta por reconhecimento de afetos, direitos e estima social a essas pessoas. Finalmente, no Capítulo 3, os elementos identificados subsidiarão a análise proposta da decisão proferida pelo STF na ADPF 132 e na ADI 4277.

1.4 Experiências de desrespeito vivenciadas por homossexuais no Brasil de fins do século XIX a meados do século XX

Como afirmado anteriormente, apresentaremos um contexto histórico das homossexualidades no Brasil (principalmente, no Rio de Janeiro e São Paulo) a partir da leitura das obras de James Green (2000), Facchini e Simões (2009), relacionando-a aos conceitos e idéias trazidos pela Teoria do Reconhecimento de Honneth. Desse contexto, retiraremos elementos para a identificação de experiências de desrespeito que apontam a um horizonte de desejo por mudanças. Assim, a seguir, sugerimos uma leitura sobre as vivências homossexuais e de transgressões de papéis de gênero pelas quais passaram inúmeros brasileiros, desde fins do século XIX até meados do século XX, que foram perpassadas por diversas situações de desrespeito, sendo que muitas delas ainda permanecem.⁹ A finalidade desta proposição é demonstrar a historicidade do desrespeito experienciado por essas pessoas, de forma a identificar também movimentos de resistência e ressignificação do desrespeito, que provocaram mudanças efetivas na sociedade brasileira e que reverberam no reconhecimento jurídico da união homoafetiva no ano de 2011.

1.4.1 – Cientificação da discriminação

Já nos anos de 1860, na cidade do Rio de Janeiro, a Praça da Constituição (posteriormente rebatizada de Praça Tiradentes, embora fosse popularmente conhecida como Largo do Rossio), abrigava encontros eróticos entre homens. No fim do século XIX, os prédios ao redor sofreram reformas, a região recebeu investimentos em entretenimento e logo os arredores da praça foram infestados por teatros, cinemas, bares, cafés, casas de diversão variadas, bem como por bordéis, hotéis e pensões, representando um local de modernização dos valores tradicionais e de maior permissividade sexual. Segundo Green (2000, p. 61), nesse ambiente, iniciou-se o desenvolvimento de uma cultura homossexual no Rio. Destacavam-se ali homens com trejeitos e vestimentas afeminadas e levemente maquiados. Eventualmente, esses homens – muitos deles procedentes de classes desprovidas – prostituíam-se. Nesse período, o termo *fresco* foi associado aos homossexuais masculinos, de forma pejorativa, com o duplo sentido de puto e de frescor, jovialidade ou de amenidade do clima. A figura do

⁹ Facchini e Simões (2009, p. 66-67) alertam para a pouquíssima quantidade de registros sobre homossexualidade de mulheres, inclusive entre registros médicos, por se supor, durante muito tempo, que a homossexualidade se

fresco era remetida sempre ao Largo do Rossio, suscitando uma relação entre degeneração social e modernização, como se a modificação dos valores tradicionais fosse a *causa* do comportamento homossexual. Essa é uma das imagens mais perenes do homossexual masculino criadas na e pela sociedade brasileira, associado à feminilidade (num sentido misógino), à prostituição e à degeneração moral e social, predominando até metade do século XX, quando se fizeram visíveis novos padrões de gênero e de papéis sexuais. Green (2000, p. 77) afirma que esse discurso que tinha a manifestação do desejo homossexual e da transgeneridade como *anormais* – propagado, principalmente, pela Igreja Católica, juristas e médicos – foi responsável pela formação do imaginário coletivo sobre o homossexual como um homem efeminado, imoral e degenerado. Assim, já em fins do século XIX e início do século XX, a “ciência”¹⁰ desenvolvida por criminologistas, psiquiatras, médicos e juristas propagou-se e popularizou-se formando a concepção degradante que se tinha do homossexual no Brasil da época, ou, poderíamos também dizer que a imagem popularmente difundida no país sobre homens femininos e homossexuais ganhou contornos científicos com o trabalho desenvolvido pelos mencionados profissionais.

Em 1872, o médico e farmacologista Francisco Ferraz de Macedo publicou um estudo sobre a prostituição no Rio que serviria de subsídio à implementação de políticas públicas de contenção da sífilis na capital imperial. Sua obra trata também do comportamento homoerótico entre os *sodomitas* da cidade. Ferraz de Macedo os identifica em todas as faixas etárias e os classifica como sodomitas passivos, ativos e mistos (isto é, que exercem o papel sexual no intercurso anal como ativo e como passivo). O passivo seria facilmente identificável, em virtude de sua feminilidade e por geralmente prostituir-se, ao contrário do ativo, que se passaria por qualquer outro homem, por possuir um comportamento *másculo*, inclusive no momento do cortejo que, segundo as descrições de Ferraz de Macedo, reproduziria a hierarquia machista das relações tradicionais heterossexuais entre homens e mulheres. Green (2000, p. 80) identifica que, para Ferraz de Macedo, a sodomia é um comportamento meramente circunstancial, não seria uma patologia, algo inato ao sujeito. Assim, soldados e marinheiros procurariam sexo com outros homens devido apenas à difícil acessibilidade a mulheres nos quartéis e navios; já artistas e homens de negócios teriam relações com outros homens em virtude dos altos preços cobrados pelas prostitutas e porque,

restringisse aos homens. Green (2000, p. 40) faz ressalva similar para justificar a baixa incidência de referências à lesbianidade.

¹⁰ As aspas são para destacar que muito do que se produziu e foi chamado de ciência é questionável, por estar

supostamente, as mesmas seriam as principais transmissoras de doenças sexualmente transmissíveis, entre elas, a sífilis.

Aos olhos do médico, o atrativo desses prostitutas de rua era sua imitação do feminino – o andar provocante, a fala doce e aguda e a maneira meticulosa de se vestir. Seu porte e comportamento femininos faziam-nos sedutores e desejáveis. Destituídos de virilidade, tornavam-se os objetos da lascívia masculina. Seu comportamento transgenerificado faz sentido apenas numa construção bipolar da sexualidade. Sua feminilidade inferia sua passividade sexual como meio de vazão para o desejo de outros homens, estivesse ou não sua conduta erótica real em conformidade com as especulações do médico quanto à natureza de sua atividade sexual. Como substitutos para as putas sífilíticas e caras, seus corpos ofereciam prazeres comparáveis àqueles das mulheres inacessíveis. (GREEN, 2000, p. 82)

Outra observação importante de Green (2000, p. 80) é a de que Ferraz de Macedo entende como a causa primeira da sodomia a educação imoral. Consequentemente, ensinamentos morais – e não a medicina – seriam o meio eficaz de combate a tal degeneração comportamental: um indivíduo com uma criação moral adequada jamais cometeria atos sodomitas. Outra consequência dessas constatações é a crença da época na completa ausência de afetividade nos relacionamentos homoeróticos, pois eles ocorreriam ou por degeneração moral, ou pela necessidade fisiológica de se ter sexo.

Em 1894, o jurista criminalista Francisco José Viveiros de Castro publicou a obra *Attentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*, a qual possui um capítulo sobre a pederastia. Diferentemente de Ferraz de Macedo, Viveiros de Castro atribui um caráter patológico às práticas homoeróticas, afirmando que elas teriam origem em disfunções biológicas. Ademais, suas observações sobre o tema quase não se baseavam na observação de pederastas locais, mas – em sua maior parte – em obras de sexólogos europeus. Ao descrever os locais de prática da pederastia no Rio de Janeiro, o jurista deu especial atenção ao Largo do Rossio e aos Bailes de Carnaval, momento em que os pederastas efeminados travestiam-se. De acordo com o constatado por Green (2000, p. 87), Viveiros de Castro demonstrava compaixão pelos pederastas “degenerados” e efeminados ao considerar inadequado puni-los por seu comportamento, uma vez que agiriam dessa forma não por mera vontade, mas pelo suposto fato de que a pederastia seria algo constitutivo de sua personalidade e, portanto, inevitável. O estudioso ainda estereotipava os pederastas como doentes mentais, assassinos e pedófilos. Green (2000, p. 87) afirma que tanto a compaixão por homossexuais, como a formação de estereótipos psíquica e socialmente degenerados seriam

repleto de inconsistências, como se verá adiante.

recorrentes nos estudos de juristas, médicos e criminologistas a partir de então.

No início do século XX, em 1906, o médico José Ricardo Pires de Almeida publicou a obra *Homossexualismo (a libertinagem no Rio de Janeiro): estudo sobre as perversões do instinto genital*. Green (2000, p. 88) comenta como a utilização do termo “homossexualismo” para referir-se às práticas homoeróticas denota que, nessa época, seu uso já era corrente, embora ainda se empregasse com muita frequência o termo pederastia. Uma das conclusões a que Pires de Almeida chegou, contradizendo Ferraz de Macedo, é a de que a pederastia transgredia as fronteiras de classe e de raça e que o papel sexual (passivo ou ativo) exercido pelos pederastas tampouco dependia do *status* social do indivíduo. Quanto às supostas origens da pederastia, Pires de Almeida afirma que ela pode ser congênita ou pode surgir de uma educação inadequada. Citando Cesare Lombroso, ele chega a dizer que a pederastia pode ser identificada por traços físicos (GREEN, 2000, p. 93-94).

Nas décadas de 1920 e 1930, profissionais da saúde, criminologistas e juristas tiveram um forte respaldo da tradição positivista no Brasil, que legitimava uma atuação incisiva do Estado na sociedade por entender-se que a ciência aplicada geraria progresso social e manteria a ordem da sociedade. No entanto, a ordem e o progresso sociais exigiriam a extinção das “degenerações” que acometiam a população brasileira, como a homossexualidade. Com a intenção de “diagnosticar”, “tratar” e “curar” a homossexualidade, os profissionais médico-legais da época publicaram vários estudos sobre o tema, baseados, especialmente na tese do criminologista italiano Cesare Lombroso sobre o delinquente nato, cuja degeneração é identificada fenotipicamente, e na tese do médico espanhol Gregorio Marañón de que a homossexualidade seria uma decorrência de disfunções endócrinas, embora supostamente pudessem ser contornadas pela religião, moderando ou mesmo erradicando o comportamento homossexual no indivíduo degenerado. Segundo Green (2000, p. 200), “[a]o sugerir ser possível mudar a orientação sexual de uma pessoa, Marañón criou um espaço para a intervenção da Igreja, mais do que da medicina, como veículo exequível para a recuperação do intersexual”, influenciando diretamente as publicações brasileiras sobre o tema. Apesar disso, a Igreja manteve-se fora do debate sobre a homossexualidade no Brasil, muito provavelmente, em virtude do processo de laicização do Estado iniciado após a proclamação da República.

Outro traço recorrente nos estudos dos anos 20 e 30 é a associação quase necessária entre a homossexualidade e a feminilidade. A “inversão” (termo muito utilizado para se referir ao comportamento homossexual) da orientação sexual corresponderia a uma inversão da

identidade de gênero dos homossexuais.

Esses pederastas passivos, como são chamados até hoje, praticavam atos sexuais associados com as noções tradicionais de “passividade” feminina. Compreender as causas exatas dessa degeneração biológica e possivelmente encontrar uma cura para o problema significaria corrigir o comportamento impróprio. Os homens que se comportavam de forma feminina poderiam, assim, voltar ao seu devido estado de masculinidade. (GREEN, 2000, p. 201)

O diagnóstico e a proposição de tratamentos e curas frequentemente orientavam-se por essa confusão entre os papéis sexuais e os conceitos tradicionais de gênero, sempre com um caráter machista e misógino, considerando a masculinidade como um privilégio irrenunciável e a feminilidade como um traço degradante a ser extirpado.

Green (2000, p. 131-132, 201) aponta dois prováveis fatores que teriam contribuído para a confusão entre homossexualidade e feminilidade: a pertença dos médicos, criminologistas e juristas à elite brasileira, geralmente católica e moral conservadora, somada ao fato de os grupos de homossexuais observados serem formados em sua maioria por homens efeminados de baixa renda e, exatamente por isso, facilmente identificáveis, o que os tornava alvo constante das reprimendas policiais, cuja lista de criminosos era uma das principais fontes de pesquisa dos referidos cientistas. Nesse sentido, merecem destaque os estudos realizados pelo médico Leonídio Ribeiro em 1932, após ter sido nomeado diretor do Instituto de Identificação da Polícia Civil do Distrito Federal pelo governo Vargas. A polícia carioca forneceu-lhe um contingente de 195 homossexuais. As análises de Ribeiro foram pautadas pelos ensinamentos de Lombroso e Marañón, utilizando um sistema de classificação antropométrico da homossexualidade, influenciado diretamente pelo sistema hormonal dos sujeitos estudados. Consequentemente, de acordo com Ribeiro, o homossexual poderia ser identificado por seu peso abaixo da média, altura mediana, tórax pequeno, membros mais longos do que o *normal* e pequena quantidade de pêlos corporais, características feminizadas decorrentes de disfunções hormonais. Assim como outros profissionais, Ribeiro admitia a influência de fatores exógenos (dentre eles, a falta ou falha de uma educação moral) na constituição da homossexualidade no indivíduo, que “poderiam apenas fortalecer ou atenuar suas tendências homossexuais, mas o organismo desarranjado era a causa última de sua degeneração” (GREEN, 2000, p. 207). Outra variável levada em consideração (ainda que não explicitamente) por Ribeiro destacada por Green é a raça. Em conformidade com as teorias eugenistas do início do século XX, Green (2000, p. 133-134, 210) sugere haver uma tentativa

de *desembranqueamento* do homens na amostragem de Ribeiro, o que insinuaria uma pressuposição do negro e do mestiço enquanto seres degenerados. A homossexualidade ainda daria ensejo a comportamentos criminosos e outras formas de *perversão* sexual (como sadismo, masoquismo, bestialismo e necrofilia) segundo sugeririam os estudos de Ribeiro e de outros profissionais, como Antônio Carlos Pacheco e Silva, psiquiatra diretor do Hospício do Juquery, na capital paulista.

Assim, a cientifização da discriminação contra pessoas que não se adequavam aos padrões de desejo e comportamento heterossexual possibilitou que elas fossem reclusas em instituições de tratamento psiquiátrico numa tentativa de cura, ou mesmo as impossibilitou de sair às ruas livremente, marginalizando-as e punindo-as, para que suas famílias ficassem livres da vergonha que lhes acometeria se a notícia da presença de um homossexual entre seus membros se difundisse pela sociedade, e para que a própria sociedade pudesse se esquivar do encontro com aqueles que não reconhecia como pessoas merecedoras de afeto, direitos ou estima.

1.4.2 Representações do masculino e do feminino, marginalização e sua topografia

Em conformidade com o que vem sendo exposto, desde o século XIX, criou-se no Brasil o imaginário de que homens efeminados são homossexuais (e vice-versa) e que, por isso, lhes corresponde desempenhar, na cama, o papel sexual considerado então tipicamente feminino de passividade, e nas outras esferas de sua vida pública e privada (como o trabalho, ou a vida doméstica), o papel de gênero tradicionalmente atribuído às mulheres. No entanto, Green (2000, p. 137-143) aponta que os padrões rígidos de homem “verdadeiro”/fresco, ativo/passivo não correspondiam à complexidade dos papéis sexuais e de gênero efetivamente exercidos. Na realidade, na década de 30, já é demonstrável que são muitos e diversos os papéis desempenhados pelos homossexuais brasileiros, havendo quem exercesse os papéis sexuais ativo ou passivo, ou ambos, independentemente de se vestirem e se portarem como mulheres ou homens. Green (2000, p. 170-176) identifica ainda diferentes formas de feminilidade nos homens efeminados, cujas variações exprimiam-se na indumentária, na maquiagem, nos nomes femininos auto-atribuídos e no linguajar utilizado.

Certamente, a concepção predominante de homossexualidade vem carregada de preconceitos e discriminação, ao se considerar a tradição patriarcal, misógina e machista

brasileira, que atribui ao homem a obrigação de se portar varonilmente, submetendo a mulher, suas vontades e sua feminilidade ao masculino. Conseqüentemente, os mesmos valores aplicam-se aos homossexuais no Brasil, moldando uma forma de homofobia especialmente dirigida a homens efeminados, algo bastante peculiar a países de cultura machista e patriarcal, como o são os latino-americanos.¹¹ Por outro lado, os homens homossexuais não efeminados, por se encontrarem no que, para a época, pode ser considerado um liame de identidades – isto é, por possuírem orientação homossexual e identidade de gênero masculina, combinação inicialmente incompatível, segundo os padrões do imaginário popular brasileiro sobre a homossexualidade –, transitam entre padrões de comportamento homossexual e padrões de comportamento heteronormativo. Sendo assim, homossexuais, principalmente os homens efeminados, foram condenados à marginalização social e econômica.

Uma das formas de expressão da discriminação e da marginalização é a linguagem. Na década de 1920, o termo *viado* começou a ser utilizado para se referir pejorativamente aos homens efeminados que estabeleciam relações com outros homens, além dos já comumente usados *puto* e *fresco*. Green diz ser incerta sua origem, mas indubitável é a carga ofensiva com que se proferia a palavra, tanto que o historiador menciona o caso de um homem da cidade de São Paulo internado no Sanatório Pinel em 1937, em virtude de alucinações que possuía de pessoas que passavam gritando diante de sua casa atribuindo-lhe a alcunha de viado. As alucinações teriam começado após uma experiência sexual fracassada com uma mulher. “O fato de ter sido chamado de viado desafiou a masculinidade de Bernardino, questionou o âmago de sua identidade e evocou um medo enlouquecedor da rejeição e da marginalidade” (GREEN, 2000, p. 144). Outro exemplo citado por Green (2000, p. 145) é o número 24, substitutivo de *viado*, por ser associado ao animal veado no Jogo do Bicho. Para evitar constrangimentos, costumava-se (e ainda se usa) fazer referência ao 24 por meio da expressão “três vezes oito”, tamanha a discriminação contra homossexuais.

Por sua vez, o termo *bicha*, surgido nos anos 30 também para se referir a homens efeminados e homossexuais, teria sido criado dentro dos próprios grupos homossexuais já formados no Brasil. Green (2000, p. 145-146) sugere duas possíveis origens: ou seria uma apropriação da palavra francesa *biche*, cujo significado é corça, feminino de veado, sendo também utilizada pelos franceses para se referir afetivamente a moças; ou referir-se-ia a dois

¹¹ Em um trecho de sua obra, Green (2000, p. 237-238) menciona que parte expressiva dos sexólogos europeus (inclusive, daqueles cujas teorias serviram de base para os estudos brasileiros), ao pesquisar a homossexualidade, procurava defini-la segundo o objeto de desejo da pessoa estudada, e não segundo sua identidade de gênero ou

dos vários significados que a palavra possui no Brasil, quais sejam, “mulher irritada” e “prostituta”, este último, utilizado no Nordeste. Qualquer que seja sua origem, a adoção da palavra bicha é um indicativo de reação de homossexuais e outros não-heterossexuais brasileiros às ofensas a que eram submetidos por meio da linguagem. O teor de glamour e de afetividade femininos derivados do francês *biche*, bem como a bravura, a sedução e feminilidade dos significados brasileiros de bicha exaltavam a homossexualidade associada à feminilidade, valorizando-a, ao menos entre seus pares. No entanto, o termo inicialmente criado no universo homossexual, foi incorporado nos anos 60 a um universo mais amplo, heteronormativo, tornando-se instrumento de agressão, hostilidade e marginalidade contra seus próprios criadores (GREEN, 2000, p. 146).

Por certo, a marginalização de homossexuais no Brasil do início do século XX não se expressava apenas na linguagem ofensiva a eles dirigida, sendo igualmente visível nos locais e posições sociais aos quais os homossexuais eram relegados e viam-se forçados a ocupar para viver, trabalhar e experienciar seus desejos sexuais e de gênero.

Como pode ser observado pelo leitor, as análises do presente trabalho vêm se concentrando nos homossexuais residentes nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, não sem razão. Por serem os primeiros grandes centros brasileiros, os dois locais experienciavam uma maior efervescência cultural e uma diversificação mais intensa de identidades do que em outras cidades do país, possibilitando o desenvolvimento e expressão de comportamentos que fugiam à norma heterossexual. Em contraste, as outras capitais e as cidades interioranas ainda estavam bastante presas a valores tradicionais e, portanto, resistentes às mudanças ocorrentes no Rio e em São Paulo, dificultando a vivência da homossexualidade por aqueles homens que a desejassem. Por tais motivos, muitos deles migraram de áreas rurais e interioranas para as grandes metrópoles em busca do anonimato que elas lhes proporcionariam para obter experiências homoeróticas distante da supervisão familiar, ou da possibilidade de experienciar sua identidade homossexual em plenitude. O intenso movimento migratório de homossexuais no Brasil é sintomático da intolerância às homossexualidades e transgêneridades e da permissividade à sociabilidade e afetividade dos grupos homossexuais e transgêneros nos grandes centros (GREEN, 2000, p. 35). Mas ao chegarem a essas cidades, essas pessoas também encontravam um ambiente hostil e segregativo. Geralmente, tanto no Rio, como em São Paulo, frequentavam locais considerados imorais, por serem locais de prostituição,

rodeados por bordéis, pensões, hotéis baratos, quartos de aluguel e cinemas (GREEN, 2000, p. 160-163). Ao se analisar a ocupação desses espaços por homossexuais, é perceptível como ela acompanha as localidades ocupadas pela prostituição, reforçando a ligação entre ambos, enquanto universos marginalizados. Mesmo no ambiente de intelectuais, não era diferente. Há uma passagem interessante na obra de Green (2000, p. 97-106) sobre o jovem jornalista, crítico e escritor Paulo Alberto Coelho Barreto, que assinava algumas de suas obras com o pseudônimo João do Rio, que sofreu chacotas públicas de colegas e foi alvo de campanha contrária a sua ascensão à Academia Brasileira de Letras, sob a acusação de ser um *pederasta passivo*. Assim, já no início do século XX, fama, riqueza e *reconhecimento* estavam condicionados à não exposição do desejo homossexual do indivíduo.

Como moradia, os homossexuais geralmente procuravam pensões e cortiços, uma vez que chegavam às cidades com poucos recursos. Ali, costumavam estabelecer relações de amizade que, muitas vezes, formavam laços tão intensos que substituíam as relações familiares tradicionais, por conviverem com outros homens que passavam por situações de desrespeito similares nas ruas e nas famílias e por possuírem aspectos identitários coincidentes, como era o caso de grupos de amigos homens efeminados que se reuniam na casa de um deles para se vestirem e se portarem femininamente (GREEN, 2000, p. 166). As pensões em que costumavam viver eram geralmente segregadas por sexo, o que oferecia uma boa oportunidade a casais homossexuais que desejassem viver juntos, sem que isso causasse estranheza às famílias, aos amigos ou a seus vizinhos.

Uma outra esfera da vida social dos homossexuais em que a discriminação já se manifestava é o trabalho. Homens efeminados homossexuais e de baixa renda, geralmente obtinham empregos tradicionalmente atribuídos a mulheres (como cozinheiros, garçons ou faxineiros), ou ingressavam no mercado da prostituição, seja trabalhando como serventes em bordéis ou prostituindo-se. Se, ainda assim, permanecessem desempregados ou com renda insuficiente para sua subsistência, cometiam crimes de pequena gravidade, como furtos de valores dos homens que convidavam a sua moradia para relacionarem-se sexualmente enquanto um companheiro furtava-lhe o que havia na carteira, golpe conhecido como “Conto do Suador”.

Por um lado, o ostracismo social levou muitos a viverem em áreas urbanas onde abundavam as atividades ilícitas. As dificuldades em encontrar emprego levaram muitos deles à prostituição e aos pequenos crimes. Receber para ter relações sexuais com outros homens e depois roubar sua carteira era, ao menos para alguns, a única e

árdua maneira de reunir migalhas para a sobrevivência, particularmente nos anos 30, quando a economia brasileira estava ainda sofrendo os efeitos da depressão mundial. Por outro lado, aqueles que buscavam contatos sexuais entre os bordéis e as pensões nas áreas do centro também enfrentavam perigo, caso dependessem do sexo com um prostituto ou com algum desconhecido como meio de satisfazer desejos eróticos. Além disso, muitas vítimas [...] [de furtos] não podiam ir à polícia, pois isso significaria ter de explicar como chegaram a tal situação comprometedora. Portanto, homens casados e aqueles que temiam a exposição de suas práticas homossexuais eram particularmente vulneráveis quando ousavam passar uma hora ou uma noite com um homem maquiado. (GREEN, 2000, p. 170)

Assim, ao mesmo tempo em que a discriminação e o preconceito colocavam o homossexual à margem da sociedade, também o impediam de sair dali ao forçá-lo a adaptar-se às condições impostas, bem como dificultava o estabelecimento de relações amorosas entre homens e reforçava a crença de que não haveria afetividade em suas relações.

1.4.3 Criminalização do comportamento não-heteronormativo

Estrita e formalmente, a homossexualidade nunca foi crime no Brasil, embora no período colonial, o Direito português criminalizasse a sodomia e, portanto, a penetração anal realizada entre homens, punindo-se o penetrador e o penetrado, conforme entendimento da Igreja Católica (GREEN, 2000, p. 55). Em 1830, a sodomia foi descriminalizada com a publicação do *Código Criminal do Imperio do Brazil* (Lei de 16 de dezembro de 1830), embora seu art. 280 penalizasse atos públicos de indecência, sem defini-los: “Art. 280. Praticar qualquer acção, que na opinião publica seja considerada como evidentemente offensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar publico. Penas - de prisão por dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo”¹². O tipo penal aberto atribuía às autoridades ampla margem de apreciação para definir o que é um ato indecente, possibilitando a perseguição daqueles que praticassem atos homoeróticos.

O Código Penal Republicano manteve descriminalizada a sodomia, mas possuía quatro dispositivos que possibilitavam a punição de relações homoeróticas e de travestilidade.¹³

¹² A grafia das palavras está como no texto original.

¹³ *Código Penal dos Estados Unidos do Brazil*, Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890: “TITULO VIII - *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade da familia e do ultraje publico ao pudor* - CAPITULO I - *Da Violencia Carnal* - Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena - de prisão cellular por um a seis annos. Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

[...]

CAPITULO V - *Do Utrage Publico ao Pudor* - Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas,

Como explica Green (2000, p. 57-58), no concernente às relações homoeróticas, o art. 266 foi geralmente usado para punir relações sexuais entre homens adultos e meninos. O art. 282, proveniente do art. 280 do Código de 1830, foi amplamente utilizado para a punição de manifestações públicas de homossexualidade e homoerotismo. Enquanto expressão da discriminação a pessoas transgêneros, o art. 379 criminalizava a travestilidade, embora a prática fosse permitida no carnaval, uma vez que não apenas homossexuais, mas também muitos homens heterossexuais vestiam-se como mulheres durante a festa. Finalmente, o art. 399 também tinha como uma de suas finalidades a repressão às manifestações públicas de homossexualidade, pois a vadiagem podia ser interpretada de forma a abranger os homens que flanavam pelas ruas e demais locais públicos em busca de outros homens.

Em julho de 1938, no início do Estado Novo varguista, ocorreu o Primeiro Congresso Paulista de Psicologia, onde o estudante do Instituto de Criminologia de São Paulo Aldo Sinisgalli apresentou estudos sobre homossexualidade pelos quais concluiu que o Estado deveria encarregar-se de seu “tratamento” e “cura”, retirando os homossexuais do convívio social e internando-os em institutos especializados. O professor da Escola de Direito de São Paulo, Dr. Soares de Melo propôs então a criminalização da homossexualidade em todas as suas manifestações, uma vez que o Estado necessitaria de um apoio legal para afastar os homossexuais da sociedade e não poderia fazê-lo arbitrariamente, tese com a qual Sinisgalli não concordava, por entender que o mero confinamento não resolveria a situação (GREEN, 2000, p. 216-218). A discussão sobre a criminalização formal da homossexualidade deu-se no contexto de elaboração do projeto de reforma do Código Penal, no qual uma comissão – com a intenção de aumentar o escopo do art. 282 do Código de 1890 – sugeriu que do projeto constasse uma subseção chamada “homo-sexualidade” e, logo abaixo, o art. 258 com os

actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade: Pena - de prisão cellullar por um a seis mezes.

[...]

LIVRO III - *Das contravenções em especie*

[...]

CAPITULO VII - *Do Uso de Nome Supposto, Titulos Indevidos e Outros Disfarces* - Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, [...] disfarçar o sexo, tomando trajos improprios do seu, e trazel-os publicamente para enganar: Pena - de prisão cellullar por quinze a sessenta dias.

[...]

CAPITULO XIII - *Dos Vadios e Capoeiras* - Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes: Pena - de prisão cellullar por quinze a trinta dias. § 1.º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena. §2.º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes,

seguintes dizeres: “Os atos libidinosos entre indivíduos do sexo masculino serão reprimidos, quando causarem escândalo público, impondo-se a ambos os participantes detenções de até um ano” (ALMEIDA *apud* GREEN, 2000, p. 219). Não se sabe exatamente porquê – pois os debates sobre o tema não foram publicizados e o Código foi aprovado por decreto pelo Executivo, uma vez que Vargas havia dissolvido o Congresso Nacional –, mas a versão final do Código Penal foi aprovada sem menção à homossexualidade (GREEN, 2000, p. 220). Contudo, deve-se destacar que, como observa Green (2000, p. 219), desde que a sodomia foi descriminalizada em 1830, não se havia cogitado nova criminalização de atividades homoeróticas e, pela primeira vez, tentou-se incriminar o comportamento homoerótico em âmbito privado que, eventualmente, viesse a público, causando escândalo.

1.5 O conteúdo material das experiências de desrespeito sofridas por homossexuais e transgêneros no Brasil

Ao longo dessa primeira exposição da história recente das homossexualidades no Brasil, são bastante perceptíveis as várias formas de desrespeito às quais os não-heterossexuais foram submetidos, especialmente, nas formas do não-reconhecimento pelo afeto, da violência física, da privação de direitos e da negação de autonomia moral e de estima social.

A cientifização da compreensão sobre a homossexualidade possibilitou um certo controle sobre os corpos dos homens que possuíam desejos homoeróticos, especialmente aqueles que tinham algum traço de feminilidade em seu comportamento. Seus corpos eram constantes vítimas de investidas policiais e de pretensos cientistas, que os estudavam e estabeleciam padrões arbitrários de formações físicas que se associavam também arbitrariamente a determinados comportamentos, principalmente femininos, generalizando-os de tal forma a tratá-los como meros objetos de intervenções do Estado e de estudiosos. A redução dessas pessoas a seres desprovidos de moralidade e movidos por necessidades meramente físicas, biológicas, impossibilitou seu reconhecimento como pessoas individuadas, possuidoras de necessidades específicas e capazes de estabelecer laços afetivos com outros.

Levando-se em consideração que o Direito Penal aplicado no Brasil colonial e imperial fundamentava-se em grande parte na moralidade católica, atribuindo penas ao comportamento

onde poderão ser conservados até a idade de 21 anos.

moralmente negativo, poder-se-ia pensar que o comportamento homoerótico teria deixado de ser considerado imoral e a coletividade de homossexuais teria sido incluída à sociedade brasileira logo após a descriminalização da sodomia em 1830. Obviamente, não foi o que ocorreu. Apesar de a homossexualidade jamais ter sido formalmente incriminada, sempre houve dispositivos legais que possibilitavam a atuação repressiva das autoridades policiais e judiciárias contra o comportamento homoerótico, como os vários exemplos já citados. Sugere-se a hipótese de que o motivo da descriminalização da sodomia (e das práticas homoeróticas a ela associadas) seria o progressivo abandono da idéia de moralidade enquanto bem jurídico penalmente protegido, em semelhança às conclusões do jurista Claus Roxin (ROXIN, 2009, p. 12-13) sobre caso similar no Direito Penal alemão. Ao defender que a função última da norma penal é a proteção dos bens jurídicos, Roxin toma como exemplo a reforma efetuada em 1973 no âmbito dos delitos sexuais. A partir desse ano, extinguiu-se a punibilidade da homossexualidade entre adultos. Há quem defenda que a extinção se deveu à desconsideração da homossexualidade como um comportamento imoral. Roxin concorda que, atualmente, na Alemanha, a homossexualidade é considerada uma expressão moralmente neutra da orientação sexual. No entanto, essa não é a causa de sua descriminalização, mas sua consequência. Para ele, o fator motivador da reforma é a renúncia da qualidade de bem jurídico à moralidade, tornando-se desnecessária sua proteção jurídico-penal. Assim, à medida que o Estado brasileiro foi se laicizando, a criminalização da homossexualidade foi sendo dificultada, sendo cogitada apenas nos anos de 1930, mas sob argumentos biológicos e não meramente morais. De qualquer forma, sempre houve algum meio de se punir homossexuais e transgêneros independente da existência de normas criadas especificamente para esse fim.

A sociedade brasileira do período estudado não tolerava os homossexuais, perseguindo-os e excluindo-os, privando-os de sua liberdade e da possibilidade de se expressarem na arena pública, inclusive sobre si. Mesmo em toda a riqueza de fontes da obra de Green, até a década de 1930, não há um só registro de homossexuais que tenham estudado e escrito sobre si, sobre a sua identidade em formação, ou sobre o tratamento legal dado ao comportamento homoerótico. Há apenas uma hipótese de um homossexual que se atreveu a participar da formação da vontade pública: João do Rio, com sua obra e ascensão à Academia Brasileira de Letras. No entanto, é de se sublinhar que a mera suposição de sua homossexualidade rendeu-lhe ofensas e pressões das mais variadas formas e origens, constringendo-lhe a recolher-se a sua posição, pois ele não era um igual, não partilharia do mesmo *status* dos demais membros da Academia e, quiçá, da sociedade heteronormativa.

Pode-se presumir, portanto, que a experiência de violação ao auto-respeito foram traços comuns entre os não-heterossexuais brasileiros no período analisado, pois não conseguiam afirmar suas pretensões publicamente, ou quando conseguiam (como é o caso de João do Rio), não eram reconhecidos por isso.

Quanto ao reconhecimento pela estima social, por certo, a sociedade brasileira privilegia a forma de auto-realização de caráter heteronormativo, em detrimento das formas de comportamento feminina e homoerótica. Um meio adequado para se demonstrar a sobrevalorização de um valor em relação ao outro é a linguagem, pois expressa essa hierarquização valorativa, ao mesmo tempo em que a reforça e a constitui. Como ensina Souza,

[a] língua “expressa”, no sentido forte do termo, tanto a vida interna psíquica do sujeito, quanto suas possibilidades de relações intersubjetivas, permitindo a constituição de parâmetros valorativos capaz de guiar sua vida pública e privada. [...] A língua é constitutiva do mundo precisamente na medida em que possibilita a expressão e o auto-esclarecimento reflexivo de vivências de outro modo discretas e indiferenciadas. Antes de adquirirem expressão linguística, essas experiências não são claras nem para o próprio sujeito que as vivenciou e experienciou. O que vale para o sujeito, nesse terreno, também vale para a sociedade. Assim, tradições culturais são interpretadas como resultados solidificados de esforços intersubjetivos de articulação de temas, sentimentos e vivências. A possibilidade sempre existente da articulação reflexiva de novos sentidos linguísticos e valorativos. (SOUZA, 2000, p. 139-140)

Como visto, *viado* – e, portanto, a forma de auto-realização pela prática da homossexualidade – configura-se numa ofensa capaz de destruir a auto-estima, o auto-respeito e, aparentemente, até mesmo a autoconfiança de um homem que se considera um heterossexual másculo e, por isso, inserido no quadro de valores dominantes da sociedade brasileira da década de 1930, ocasionando-lhe um sentimento de vergonha social de proporções suficientes que lhe obrigam a ser internado numa instituição de tratamento mental, como foi o caso de Bernardino, trazido por Green. Assim, o uso recorrente e ofensivo da palavra *viado* expressa e reforça que o grupo formado por homens heterossexuais é aquele que consegue interpretar publicamente como valiosa à sociedade sua própria forma de auto-realização e, portanto, a impõe como padrão valorativo. Para elucidar esse ponto, cita-se um trecho do trabalho de Silva (2000), no qual ele define o processo de normalização de uma identidade:

Fixar uma identidade como a norma é uma das formas privilegiadas de

hierarquização das identidades e das diferenças. A normalização é um dos processos mais sutis pelos quais o poder se manifesta no campo da identidade e da diferença. Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como o parâmetro em relação ao qual as outras identidades serão avaliadas e hierarquizadas. Normalizar significa atribuir a essa identidade todas as características positivas possíveis, em relação às quais as outras identidades só podem ser avaliadas de forma negativa. (SILVA, 2000, p. 83)

A linguagem ofensiva e degradante utilizada por aqueles que se enquadram na identidade heterossexual masculina toma como parâmetro sua própria identidade. Sendo assim, as identidades homossexuais e trans só podem ser menosprezadas. Além disso, esse menosprezo traduzido pelo princípio do mérito definido por Honneth materializa-se na ausência ou escassez de recursos materiais mínimos à sobrevivência de muitos daqueles que tinham sua homossexualidade e feminilidade reveladas à sociedade, conclusão evidenciada pela condição de marginalidade sócio-econômica em que vivia grande parte de homossexuais efeminados, como destacado por Green.

Pode-se identificar, nos relatos realizados, uma reação da comunidade homossexual. Como já mencionado, Honneth afirma que o sujeito vítima da degradação ou ofensa social reage afirmando-se exatamente na qualidade em que foi atingido, em sua forma de auto-realização socialmente rebaixada. Assim, é plausível interpretar que o termo *bicha* surge em exaltação (com pitadas de humor e glamour) àquilo que foi o principal alvo da ofensa contida em *viado*: a feminilidade de homens homossexuais. Embora ainda não organizados em um movimento social, homossexuais brasileiros dos anos 30 demonstraram atitudes de resistência à degradação social a que vinham sendo submetidos ao utilizar para sua auto-valorização o mesmo meio com o qual vinham sendo ofendidos: a linguagem.

Até o fim da década de 30, faltava ainda um contexto político que permitisse aos homossexuais tornarem públicas as experiências vivenciadas de violações afetivas, privações de direitos e de degradação, para restabelecer a autoconfiança, o auto-respeito e a auto-estima lesadas, bem como um ambiente que lhes permitisse interpretar suas experiências de desrespeito pessoais como algo que atinge todo um grupo que compartilha determinadas características que lhes são peculiares e que, não por coincidência, são o alvo das condutas desrespeitosas. Para tanto, como se verá adiante, Honneth entende ser necessária uma *ponte semântica*, isto é, doutrinas, idéias morais que possibilitem o surgimento de uma luta coletiva dessas pessoas por reconhecimento. No capítulo seguinte, será analisada a história da homossexualidade desde as décadas de 30 e 40 à atualidade, período de reações dos homossexuais às experiências de desrespeito vivenciadas, de tomada e modificação de

espaços, de linguagens, de identidades. Embora marcado por momentâneos retrocessos, como o surto da epidemia de Aids, é um período de ampliação e de horizontalização do espectro de valores da sociedade brasileira, resultando no movimento social LGBT organizado, que conseguiu legitimidade de expressão no debate público.

CAPÍTULO 2

No capítulo anterior, demonstramos como Honneth localiza seu próprio trabalho no campo da filosofia social ao elaborar diagnósticos críticos de época nos quais se identificam patologias sociais que, por sua vez, representam uma organização das relações sociais de maneira tal que impossibilite as condições de auto-realização pessoal dos seres humanos. Com a intenção de apresentar uma possível via de solução da controvérsia metodológica pela qual passa a filosofia social contemporânea – a de que seus diagnósticos seriam justificados ou por considerações histórico-antropológicas demasiado particularistas, ou demasiado abstratas –, Honneth propõe que os diagnósticos de época tenham como referenciais empíricos as experiências de desrespeito, que revelam as patologias da sociedade de um período histórico. O filósofo constata que os sentimentos de desrespeito trazem em si um vocabulário moral que expressa o desejo dos sujeitos por reconhecimento intersubjetivo e recíproco que se desdobra em três esferas, ou três características da personalidade nas quais se deseja ser reconhecido pelo outro. As formas de reconhecimento do amor, do direito e da estima e as respectivas espécies de auto-relação prática positiva que são capazes de gerar no indivíduo configuram-se na integridade pessoal do sujeito. Certa medida de auto-confiança, autonomia jurídica e auto-estima é, portanto, condição para que uma pessoa consiga conduzir-se com sucesso em sua auto-realização. A efetivação da auto-realização pressupõe espontaneidade ou liberdade do sujeito, a qual possui um caráter externo, representado pela ausência de uma influência ou coerção exterior, e um caráter interno, de uma “confiança dirigida para fora”, a qual só se alcança por meio da experiência de reconhecimento. Consequentemente, “a liberdade da auto-realização depende de pressupostos que não estão à disposição do próprio sujeito humano, visto que ele só pode adquiri-la com a ajuda de seu parceiro de interação” (HONNETH, 2003a, p. 273). As formas de reconhecimento configuram-se em tais pressupostos, na qualidade de condições intersubjetivas da liberdade de auto-realização, condições cuja garantia é exigível da sociedade. Ao interpretar as esferas de reconhecimento aplicadas à dinâmica das homossexualidades no Brasil, chegamos à construção do quadro abaixo, que traz resumidamente a forma como o desrespeito contra as homossexualidades se institucionalizou no Brasil em práticas e normas de caráter ofensivo.

Tabela 02 – Diagnóstico das formas institucionalizadas de desrespeito às

homossexualidades no Brasil do século XX

Esfera de reconhecimento	Forma de desrespeito	Manifestação institucionalizada do desrespeito
Amor/Afeto	Violência física, psíquica e moral	Controle sobre o corpo, por meio de sua patologização, degeneração e correspondente violação física por meio de agressões físicas e verbais e cometimento de homicídios.
	Não-reconhecimento do outro como capaz de estabelecer relações de afeto	Visão meramente biológica e patológica do homossexual como um corpo que busca apenas satisfação sexual, em que o afeto (enquanto componente humano) está ausente.
Direito	Absolutização da autonomia moral de um (uns) em detrimento de outro(s), de forma a impedir-lo(s) de participar do debate público	Compreensão das homossexualidades como manifestação de imoralidade, justificativa para impedimento de seres considerados “imorais” ingressarem no debate público.
	Absolutização do direito formal abstrato de forma que o outro seja visto como meio para determinados fins, não-portador de pretensões legítimas de direitos	Ilegitimidade da manifestação do que se considerar como traços de homossexualidades (especialmente se efeminados) em público, o que acarreta restrição ao direito de locomoção pela cidade e possibilidade de aplicação arbitrária de pena privativa de liberdade. A manifestação pública das homossexualidades é legítima apenas para diversão alheia.
Estima social	Hierarquização valorativa no espectro de valores culturalmente partilhado	Predominância da heteronormatividade, hierarquicamente superior a outras manifestações do desejo sexual e de manifestação de gênero.
	Restrição quanto ao alcance de sujeitos e grupos merecedores de estima social	Sujeitos que se adequem e se comportem conforme a norma heterossexual têm muito mais chances de serem socialmente estimados.
	Demérito	Depreciação social do comportamento não-heteronormativo dificulta sucesso profissional e financeiro.

Resta ainda apresentar de que maneira Honneth compreende que as esferas de reconhecimento, suas respectivas formas de desrespeito e de auto-relação prática consistem-se em elementos que justificam uma teoria da justiça. Se aprofundarmos a reflexão sobre a lógica de funcionamento da luta por reconhecimento, essa questão pode ser mais facilmente respondida. Posteriormente, apresentaremos o período da história das homossexualidades no Brasil que vai desde a década de 1940 até os recentes anos 2000, período em que as diversas identidades de pessoas não-heterossexuais foram se constituindo e suas demandas ganharam a arena pública a partir da luta por reconhecimento organizada na forma de movimento social, criando as condições para o reconhecimento jurídico do direito à união homoafetiva.

2.1 A Teoria do Reconhecimento como Teoria da Justiça

Ao longo da exposição de sua teoria, Honneth identifica na experiência de desrespeito

um potencial para o conflito, que se expressa numa luta por reconhecimento. O surgimento da luta social pressupõe a consecução de práticas desrespeitosas que estimulem os indivíduos afetados a reconquistarem o reconhecimento lesado. A violação¹⁴, a privação de direitos e a degradação podem ser interpretadas não apenas como algo restrito ao indivíduo atingido, mas como algo potencialmente ofensivo a vários outros sujeitos. Dessa constatação, Honneth retira um conceito inicial de luta social: “processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento” (2003a, p. 257). Honneth elaborou um conceito geral, aberto à adequação de quaisquer possibilidades de conflitos, por ser neutro em relação a três aspectos essenciais do conflito social: por ser interpretada segundo experiências morais, a luta não é definida a partir da escolha de um meio violento ou passivo de reclamar publicamente por reconhecimento e, assim, o conceito é neutro no que concerne à forma de resistência utilizada; não se define o nível de consciência dos motivos morais do conflito, pois a luta pode ser conceituada tanto por atitudes intencionais, como não intencionais de resistência; e, finalmente, tampouco se define a luta social de acordo com as finalidades pessoais de seus atores, ou finalidades impessoais, generalizadas entre os membros de um movimento social. Ainda sobre esse último aspecto do conceito de luta, Honneth evidencia algo crucial ao surgimento de um movimento social: a necessidade de uma *ponte semântica* entre os objetivos gerais do movimento e as experiências privadas que seus membros têm do desrespeito, possibilitando a constituição de uma identidade coletiva (2003a, p. 258). Assim, para que as experiências pessoais de desrespeito, inicialmente desagregadas, se tornem a motivação moral de uma luta *coletiva* por reconhecimento, é imprescindível haver uma semântica coletiva que permita a cada sujeito interpretar sua experiência individual de desrespeito como algo que afeta todo um grupo. Honneth volta a trazer mais uma contribuição de Mead, para quem as *doutrinas* ou *idéias morais* que enriquecem e ampliam as relações de reconhecimento são capazes de estimular essas interpretações coletivas, pois elas evidenciam as causas sociais que provocaram os sentimentos individuais de desrespeito. Nesse sentido, Honneth observa que o engajamento individual em ações políticas coletivas não é motivado apenas pela ampliação futura dos padrões de reconhecimento:

¹⁴ Como ressaltado anteriormente, Honneth atualmente compreende haver na negação ao reconhecimento pelo amor um potencial de gerar conflitos sociais.

[N]o reconhecimento antecipado de uma comunidade de comunicação futura para as capacidades que ele revela atualmente, ele [o sujeito] encontra respeito social como a pessoa a quem continua sendo negado todo reconhecimento sob as condições existentes. Nesse aspecto, o engajamento individual na luta política restitui ao indivíduo um pouco de seu auto-respeito perdido, visto que ele demonstra em público exatamente a propriedade cujo desrespeito é experienciado como uma vexação. Naturalmente, aqui se acrescenta ainda, com um efeito reforçativo, a experiência de reconhecimento que a solidariedade no interior do grupo político propicia, fazendo os membros alcançarem uma espécie de estima mútua. (HONNETH, 2003a, p. 259-260)

É um fator igualmente motivador do engajamento político a possibilidade de o sujeito deixar seu estado passivo de sujeição ao desrespeito e reconquistar o respeito perdido na lesão sofrida, uma vez que o indivíduo afirma-se publicamente naquela qualidade pela qual foi desrespeitado, como fizeram os brasileiros que se apropriaram da palavra *bicha* para ressaltar a feminilidade que era publicamente depreciada. Em certa medida, a auto-estima perdida já é em parte reconstituída dentro do próprio grupo político, onde se constituem relações recíprocas de reconhecimento solidário entre os membros. Assim, importante voltar a ressaltar que os movimentos sociais têm papel crucial nos conflitos sociais caracterizados como lutas por reconhecimento; apenas não devem ser o único foco da análise, pois não são os únicos atores numa sociedade a experienciar o desrespeito, como argumentado por Honneth em sua contenda já mencionada com Fraser.

Honneth (2003a, p. 265-266) fornece, então, um modelo de conflito social motivado por sentimentos de injustiça, que se expressa numa luta pelas condições intersubjetivas da integridade pessoal, luta decorrente da experiência moral de desrespeito sofrida pelos sujeitos que nela conflituam.¹⁵ Esse modelo de conflito não explica apenas o surgimento de lutas sociais, mas também permite apreender a função por elas desempenhada no progresso moral da sociedade. As experiências de desrespeito são assim encaradas não apenas como motivo da luta social, mas também em seu papel moral no desdobramento das relações de reconhecimento, que pode ser de caráter progressivo ou retrocessivo. É possível e necessário, portanto, apontar argumentos normativos que visem à avaliação crítica e moral das lutas por

¹⁵ Em *Luta por reconhecimento*, Honneth distingue entre *sentimentos de injustiça* e *interesses* como potenciais motivadores de confrontos sociais. Para ele, interesses seriam “orientações básicas dirigidas a fins, já aderidas à condição econômica e social dos indivíduos pelo fato de que estes precisam tentar conservar pelo menos as condições de sua reprodução” (2003a, p. 260). Forma-se um grupo com interesses comuns quando sujeitos conscientizam-se de estarem numa situação econômico-social similar de privação de certos bens. Assim, unem-se em luta por bens escassos para conservar ou aumentar as condições de sua reprodução. No entanto, essa divisão já não faz sentido na atual teoria de Honneth, uma vez que as lutas por reconhecimento também podem se expressar em lutas por redistribuição, como se evidencia da exposição já realizada sobre as esferas de reconhecimento do direito e da estima social no Capítulo 1.

reconhecimento, uma vez que não se deve legitimar lutas políticas independentemente de suas motivações e finalidades. Honneth (2003b, p. 173, 177-179) consolida o status normativo de sua teoria do reconhecimento quanto a questões de justiça mediante dois argumentos: (i) se a socialização moral do sujeito ocorre por meio de relações de reconhecimento recíproco, ou seja, se a integração moral do sujeito à sociedade é um processo de inclusão pelas formas estáveis de mútuo reconhecimento, então a legitimidade de uma sociedade está em sua capacidade de assegurar relações *qualitativamente justificáveis* dos diferentes âmbitos de reconhecimento recíproco e, por conseguinte, a referência normativa de uma concepção de justiça deve ser a qualidade das relações sociais de reconhecimento; (ii) considerando que a idéia de igualdade social – surgida na modernidade e expandida e aprofundada até a contemporaneidade – tem o propósito de possibilitar a formação da identidade pessoal integral de todos os membros da sociedade – isto é, permitir a todos a auto-realização pessoal –, então é legítimo – e inevitável – que uma teoria da justiça seja permeada por considerações éticas do que é o bem-estar pessoal, ou do que é uma boa vida. Sendo assim, uma teoria da justiça deve tomar como base uma abstração das relações de reconhecimento institucionalizadas em determinada sociedade, numa determinada época, para delas retirar princípios normativos que servirão de padrão avaliativo das relações sociais sob análise, bem como serão uma espécie de guia da ação prática direcionado à mudança do estado de coisas que se considerar patológico. Ao considerar que, embora o conteúdo das expectativas de reconhecimento mude com o tempo, sua forma permanece enquanto uma “constante antropológica”, Honneth (2003b, p. 174-175) define como conteúdo da justiça os princípios de reconhecimento do amor, da igualdade e do mérito. Pode causar alguma consternação o fato de Honneth ter construído sua teoria de forma tão arraigada a princípios liberais de igualdade e de mérito. De fato, ambos os princípios têm sido constantes alvos de contestação e gera estranheza – que, ao menos, pareça – não ser o objetivo de Honneth problematizá-los e propor algo que os modifique, ou mesmo que os supere. Contudo, para os propósitos deste trabalho, importa compreender que a consideração dos princípios de igualdade e de mérito enquanto princípios de justiça justifica-se em razão de ambos permanecerem até o presente desde sua institucionalização na modernidade e, em função disso, as pessoas desejarem ser reconhecidas tanto como moralmente iguais, quanto como merecedoras de estima social segundo critérios meritórios. Obviamente, isso não significa que Honneth não se preocupe em analisar e propor transformações. Pelo contrário, como já mencionado, não apenas ele entende que a interpretação corrente dos três princípios de justiça é questionada a todo tempo por sujeitos

que se sintam desrespeitados por ela, mas afirma também que as demandas por reconhecimento devem ser avaliadas segundo seu potencial de promover transformações duradouras no nível moral de integração social, transformações direcionadas a um progresso (HONNETH, 2003b, p. 183).

Contudo, como definir o que é progresso moral? É possível depreender das considerações históricas feitas por Honneth que ele presume uma superioridade moral da modernidade em relação a períodos anteriores. Por isso, ele também pensa as três esferas de reconhecimento institucionalizadas no período moderno como resultantes de um progresso moral, que se deu em duas dimensões: (i) num processo de individualização de esferas da personalidade, com um respectivo aumento das oportunidades para que os indivíduos as articulem legitimamente, e (ii) num processo de progressiva inclusão social, ao expandir o espaço de compreensão de sujeitos como membros plenos da sociedade (HONNETH, 2003b, p. 184). Tomadas essas dimensões como parâmetros do progresso moral, ambos devem ser aplicados em referência às esferas de reconhecimento, o que, segundo Honneth (2003b, p. 185-189), pode se dar por meio de demandas que (a) explorem o excedente de validade de alguma esfera, ou que (b) contestem as linhas limítrofes entre as esferas:

a) No primeiro caso, demandas que explorem o excedente de validade de uma esfera de reconhecimento são aquelas que clamam pela efetivação de um potencial de reconhecimento ainda não realizado, que assim se mostra quando do movimento dialético entre o universal e o particular, no qual fatos particulares são apresentados contra a interpretação dominante de um princípio de reconhecimento, denunciando o que ainda falta por reconhecer. Nesse sentido, considera-se legítima a demanda cuja potencial satisfação representará um ganho de individualidade e/ou de inclusão social. Um forma de identificação de um possível progresso moral nesse tipo de demanda seria, por exemplo, pelo questionamento dos elementos culturais que estão arraigados à atribuição de estima por meio do princípio de desempenho individual (ou de mérito), demandando-se que mais atividades sejam valorizadas.

b) Por sua vez, demandas que questionem os limites institucionais que haja entre as esferas de reconhecimento podem ser consideradas legítimas quando a potencial expansão ou restrição desses limites gere aumento das possibilidades de articulação de esferas individuais da personalidade e/ou expansão da inclusão social. O principal exemplo trazido por Honneth é o da expansão da esfera de direito, que tem sido constantemente demandada para assegurar legalmente pré-condições mínimas de personalidade, tanto em termos do amor, como em

termos da estima social. Talvez, a grande evidência disso seja o período transicional entre o Estado liberal e o de bem-estar social, analisado anteriormente.

Assim delineada, a teoria da justiça de Honneth já traz em si potenciais de crítica tanto à interpretação das esferas de reconhecimento institucionalizadas, como às fronteiras que as separam. Recorrentemente, individualmente ou em grupos, sujeitos movimentam a história ao conflitar quanto a esses dois aspectos das esferas de reconhecimento. Como vimos no Capítulo 1, a heterossexualidade é concebida como normativa, como padrão ao qual as possibilidades de auto-realização pessoal pelo amor, pelo direito e pela estima social são condicionadas e, assim, pessoas cujos comportamentos não sejam heteronormativos são submetidas a experiências sistemáticas de desrespeito. A seguir, apresentamos uma continuidade dessa história das homossexualidades no Brasil interpretada pelo vocabulário moral do reconhecimento definido por Honneth, focando nossa análise, principalmente, nas reações às formas de desrespeito sofridas.

2.2 Reação: visibilização da homossexualidade pela conquista de espaços e o surgimento do movimento homossexual organizado

Ao analisar a semântica do reconhecimento, Honneth (2001, p. 111-112, 115) trabalha os conceitos de *visibilidade* e *invisibilidade*, bem como a relação entre si e de ambos com o significado de *reconhecimento*. Para ele, um sujeito é visível para outro na medida em que pode ser identificado por este numa estrutura espaço-temporal como possuidor de características bem definidas. Decorre daí que, num sentido meramente visual, invisibilidade significa que um determinado objeto *x* não está presente enquanto objeto *x* no campo sensitivo do sujeito. Num sentido social, a invisibilidade pode ser intencional, quando o sujeito *olha através* do objeto, isto é, demonstra desprezo ao objeto presente em seu campo sensitivo, por meio de um comportamento direcionado a ele, como se ele inexistisse. Nota-se que a invisibilidade intencional pressupõe a visibilidade física (em seu sentido literal) do sujeito afetado. A esse significado de invisibilidade, Honneth (2001, p. 112-114) atribui o nome de *figurativa*, embora ressalve que ela possui também um caráter real, pois o indivíduo afetado percebe sua condição de invisibilidade, especialmente quando provoca seu interlocutor a tomar uma atitude que afirme sua existência, mas ele não reage. Honneth observa também a presença de um cunho de notoriedade pública no *olhar através*:

não apenas o sujeito afetado, mas também todas as outras pessoas presentes no recinto geralmente podem perceber que o omitir-se ou o ignorar têm um sentido humilhante. Invisibilidade social adquire esse caráter público apenas porque ela é paradoxalmente expressada pela ausência de formas enfáticas de expressão que são normalmente conexas ao ato de identificação individual. (HONNETH, 2001, p. 115)

Nesse sentido, a invisibilidade social relaciona-se estreitamente com o *reconhecimento*, na acepção que se tem trabalhado até o momento, significando diferentes formas de confirmação social, expressadas publicamente de modo a atribuir *validade social* ao indivíduo ou grupo reconhecido (HONNETH, 2001, p. 115). Sendo assim, a invisibilidade social é uma consequência do não reconhecimento.

No capítulo anterior, demonstramos as violações, as exclusões, privações de direito e degradações sociais que afligiam aqueles que não se adequavam a padrões heteronormativos no Brasil até os anos 30 e 40, o que impossibilitou sua manifestação em arena pública pela defesa de suas pretensões e valorização de sua identidade. A sociedade heteronormativa – detentora de *status* social e controladora dos meios institucionais de manifestação pública – ignorava cotidianamente a existência do desejo homossexual. Homossexuais, transexuais e travestis tornavam-se visíveis apenas quando associados à criminalidade e a patologias, ou nas festas e bailes carnavalescos, momento em que lhes era concedida permissão para exercerem sua identidade. Contudo, no período compreendido entre as décadas de 30 e 40 e fins dos anos 70, os homossexuais reagiram à opressão e iniciaram um movimento de conquista de espaços os mais variados: o carnaval do grande público e festas fora do período carnavalesco, a imprensa, as praias e as regiões das cidades não estigmatizadas como degeneradas; ao mesmo tempo em que modificavam o rígido imaginário binário viado/homem “verdadeiro”, passivo/ativo que predominava na sociedade brasileira por meio da manifestação de novas e diferentes identidades. Enfim, homens e mulheres homossexuais masculinos e femininos, travestis e transexuais saíram do armário que lhes foi imposto e tomaram as ruas, fizeram-se vistos no cotidiano do universo heteronormativo brasileiro, constituindo um ambiente propício à formação de um movimento social organizado em defesa de seus interesses. Embora tenha passado por momentos difíceis na década de 1980, em razão de dificuldades de manutenção de sua infraestrutura e da eclosão da epidemia da Aids, esse último fato assegurou-lhe recursos provindos de incentivos à prevenção do contágio pelo HIV e ao combate à discriminação contra portadores do vírus. Ademais, o surto da doença fez com que se abordasse publicamente a sexualidade e suas várias manifestações, inclusive as homossexualidades e outras formas de desejo que fogem ao padrão heteronormativo, sendo

incluída também na agenda do Estado. Sendo assim, após seu surgimento, o movimento foi se complexificando, se institucionalizando, a ponto de atingir os canais institucionais para expressar suas demandas. Ao mesmo tempo, a efervescência de identidades gerou conflitos de representação que fizeram com que o movimento deixasse de ser apenas homossexual e passasse a pretender representar toda a população LGBT.

2.2.1 A conquista do carnaval: Carmens, fantasias, ruas e bailes

Baseando-se na obra do antropólogo Roberto da Matta, Green (2000, p. 333) define o carnaval como uma celebração popular caracterizada pela inversão de papéis, pela transgressão de regras e, especialmente, pela inversão da casa (esfera privada) e da rua (esfera pública), duas das principais esferas da vida social no Brasil. Durante os três ou quatro dias de folia carnavalesca, o espaço público da rua torna-se a casa do folião, mas livre do moralismo familiar, ao mesmo tempo em que as sanções sociais ficam suspensas, permitindo-lhe vivenciar espontânea e intensamente sua sexualidade. Green (2000, p. 333-334) discorda de da Matta no que diz respeito às supostas infusão de valores de igualdade e transgressão de classes no carnaval, sugeridas pelo antropólogo. Para o historiador, ao invés de mitigar as diferenças, o carnaval externaliza e reforça os conflitos sociais já existentes na sociedade brasileira, invisibilizados no cotidiano do restante do ano. Citando a historiadora Maria C. Pereira Cunha, Green exemplifica essa situação com o *entrudo*, folguedo carnavalesco secular no qual membros das diferentes classes sociais saíam às ruas em batalhas com tinas de água e bolas de cera preenchidas com água perfumada, posteriormente substituída por urina e fezes, à medida que as batalhas tornavam-se mais e mais violentas: “A folia transforma-se em uma verdadeira guerra porque revela e multiplica a tensão de todos os dias: sendo ocasião de inverter, desnudar e brincar com o cotidiano, ela expunha suas feridas abertas sem qualquer disfarce possível sob as máscaras habituais” (CUNHA *apud* GREEN, 2000, p. 334). Obviamente, os conflitos também manifestam-se em relação aos papéis sexuais e de gênero tradicionalmente definidos.

Desde o início do século XX, homens travestidos têm presença certa nos carnavais brasileiros, reforçando uma falsa imagem do Brasil enquanto um país acolhedor da homossexualidade e da transgeneridade, “um paraíso para renegados sexuais e transgressores dos papéis de gênero convencionais” (GREEN, 2000, p. 331). Todavia, olvida-se que a aceitação da travestilidade em público restringia-se aos dias de folia do carnaval. Durante todo

o resto do ano, homossexuais e transgressores de gênero convivem diariamente com a discriminação e a hostilidade. Tampouco é verdade que a apropriação desse espaço foi pacífica. Muito pelo contrário, foi longa e repleta de conflitos.

Green (2000, p. 334-335) observa que, no carnaval, homens heterossexuais costumam travestir-se, mas o fazem de forma superficial, deixando propositalmente evidente algum elemento de sua masculinidade – como barba, peito e pernas não depilados –, de forma a evitar que outros entendam que sua identidade sexual de homem ativo, ou papel de gênero masculino tenha sido invertido. Ademais, trata-se de um travestir-se temporário, restrito aos dias de carnaval. Por outro lado, para os homens homossexuais, o carnaval significa um momento de intensificação (e não de inversão) de sua identidade sexual e de gênero. Durante o restante do ano, esses papéis também são por eles vivenciados, mas discretamente, consequência do ostracismo social que lhes atinge em virtude dessa vivência. Conforme afirma Green (2000, p. 335) – ao aplicar em termos relativos a teoria de da Matta sobre a inversão entre privado e público –, embora de forma restrita e mascarada, a rua já é um espaço dominado por homossexuais e transgêneros durante todo o ano. Durante o carnaval, esse domínio alastra-se e visibiliza-se, em decorrência da suspensão temporária das sanções sociais. Sendo assim, a travestilidade de homens heterossexuais e homossexuais apenas reforça e visibiliza os conflitos existentes entre o universo heteronormativo e o universo de homossexuais e transgêneros. Green (2000, p. 340-342) ilustra essa constatação ao mencionar um clube carnavalesco de 1941, composto por homens heterossexuais que se travestiam, mas que não aceitavam *viados* entre seus membros.

A primeira participação organizada de homossexuais no carnaval mencionada por Green ocorreu em 1930, no Rio de Janeiro, quando participaram do carnaval de rua com o bloco “Caçadores de Veados”, cujos membros, homossexuais travestidos em luxuosas indumentárias, fizeram enorme sucesso entre o público que ia às ruas assistir e brincar nos blocos. Como se pode apreender do nome do bloco, o termo “veado” foi apropriado jocosamente para zombar com seu significado comumente atribuído de forma ofensiva a homossexuais. Ademais, ele era um espaço em que os homossexuais travestiam-se e brincavam com o gênero.

Enquanto as ruas já eram um ambiente apropriado pelos homossexuais no carnaval, os bailes de máscara ainda eram um ambiente predominantemente heterossexual, mas começaram a ser “invadidos” por homens travestidos na virada do século XIX para o XX (GREEN, 2000, p. 342-345). Nas décadas de 1930 e 1940, os bailes carnavalescos, que

geralmente ocorriam em teatros e cinemas, tomaram os arredores da Praça Tiradentes (local onde já ocorria intensa atividade homoerótica), no Rio de Janeiro. Neles, realizavam-se concursos de fantasias entre homens vestidos de mulher. Nos anos 50, a “tática” utilizada pelos homossexuais travestidos nas décadas anteriores de tomar espaço nos bailes de carnaval e de organizar-se em blocos para saírem às ruas ganhou o apoio dos empresários do entretenimento, que viram o sucesso da presença de travestis nas festas por eles organizadas. Green (2000, p. 345-346) sugere que essa mudança de atitude de parte da elite carioca deveu-se à maior visibilização das homossexualidades no Rio, ao aumento do poder aquisitivo da classe média e ao afrouxamento do padrão de vestuários carnavalesco. Green (2000, p. 363) ressalva que homossexuais não eram atraídos apenas pelos concursos de fantasias: o sentimento de comunidade que surgia nos bailes, a possibilidade de quebrar as regras tradicionais que governam a sexualidade e também de se conseguir um parceiro eram, talvez, os maiores atrativos.

É interessante destacar a atuação da imprensa na divulgação dos bailes de travestis. Ainda nos anos 50, os jornais e revistas mudaram a abordagem que davam a esses eventos em suas publicações. Segundo Green (2000, p. 346-347), nos anos anteriores, a linguagem utilizada na descrição dos bailes era cifrada, ou nem mesmo se mencionava a presença marcante da homossexualidade e da travestilidade nas festas. No início da década de 50, a imprensa passou a noticiar os bailes consolidando o uso da palavra *travesti* para referir-se aos homens homossexuais efeminados que se vestiam como mulheres, adequando-se ou exagerando os padrões do gênero feminino, sempre citando de modo indissociável a homossexualidade à feminilidade. Igualmente, a imprensa sempre tratava a travestilidade temporário de homens heterossexuais de maneira diferenciada e apartada da travestilidade de homossexuais que utilizavam esse recurso para assumir sua identidade *real*. Tais fatos demonstram a permanência no imaginário do brasileiro da oposição binária homem “verdadeiro”/bicha ainda nos anos 50. No meio das muitas publicações sobre o tema, merece menção o artigo do jornalista Everaldo de Barros, publicado em 1953 no jornal “Última Hora”:

Fantasias riquíssimas nos mais originais bailes do Rio – João Caetano e Carlos Gomes são os seus domínios – Vivem o momento que passa e não são existencialistas – Durante o ano é que usam máscaras. [...] Tudo “nelas” é falso. Os cabelos, o belo busto, a cor nacarada ou bronzeada da pele, as vestes, o nome, a história da família decente (que não pode saber que “ela” está ali), enfim, até o próprio sexo são produto de uma imaginação ardente. As falsas baianas, odaliscas,

andaluzas, “can-cans”, bonecas, bailarinas são todavia, paradoxalmente, a única verdade nos bailes de Carnaval dos teatros João Caetano e República ou quiçá, do Carnaval carioca. [...] Dando expansão a sentimentos recalcados durante todo o ano ali comparecem, com caríssimas fantasias próprias do sexo frágil, médicos, advogados, garçons de pensões da Lapa e da Zona do Canal, diplomatas, jornalistas, comerciários, finalmente, representantes de todas as classes sociais. E o baile é um espetáculo de ver. [...] Finda a função, terminado o *tríduo momesco*, é que as “falsas baianas” começam o verdadeiro carnaval. Afivelam no rosto uma máscara de desprezo por tudo que as cerca; enfurnam-se dentro dos escritórios, consultórios, casas comerciais, pensões etc.; iniciam a luta pelo próximo carnaval ... tostão a tostão, a fim de que quando chegar a hora, possam retirar a máscara que usaram durante todo o ano e envergarem suas custosas fantasias. (BARROS *apud* GREEN, 2000, p. 348, 350)

Barros demonstrou notável sensibilidade ao traduzir o significado e o valor do carnaval para as *falsas baianas* da época, retratando fielmente parte do universo homossexual brasileiro.

Green (2000, p. 354-357) diz não se saber o motivo, mas a imprensa que vinha noticiando e incentivando os bailes carnavalescos de travestis reagiu de forma extremamente hostil às manifestações de transgressão de gênero nas festas de 1957. Além disso, os bailes de travesti do carnaval desse ano foram marcados por confrontos violentos da população com o participantes dos festejos, levando à intervenção policial e, por fim, à proibição de concursos de fantasias para o ano seguinte. O historiador interpreta essa ocasião como reveladora da “permanente tensão entre uma moralidade religiosa tradicional – que via no homoerotismo uma aberração antinatural – e uma tolerância, ou aceitação relutante, da existência de bichas e travestis como algo inevitável, personagens relativamente inofensivos do cenário carnavalesco” (2000, p. 356). Tanto é que já no início dos anos 60, os bailes de travestis readquiriram notoriedade, voltando a fazer grande sucesso. Os concursos de fantasias, proibidos no fim da década anterior, voltaram a ser realizados. A imprensa tornou a promover positivamente os bailes, popularizando o termo *enxuto* como referência ao homossexual masculino, embora ainda houvesse publicações repressoras e ofensivas sobre o assunto. De acordo com Green (2000, p. 362), essa nova mudança de atitude deu-se em reflexo de uma maior aceitação dos bailes de travestis por parte do público, bem como pelo fato de um dos mais populares bailes do gênero na década, o “Baile dos Enxutos” – contando com o patrocínio de uma cervejaria –, ter publicado anúncios de sua programação na própria imprensa que passava a valorizá-lo.

A repressão policial era uma constante nos bailes carnavalescos de travestis, ou em qualquer outro lugar (como ruas e cafés em que as *moças* costumavam estender a folia, por exemplo) onde a manifestação de homens travestidos fosse considerada demasiado

despudorada. Green cita um acontecimento muito interessante resultante das prisões de travestis e outros homossexuais realizadas durante o carnaval. Em 1964, *bonecas* e homossexuais foram presos portando a roupa que vestiam para pular o carnaval (geralmente uma fantasia espalhafatosa). Na quarta-feira de cinzas, ao serem liberados ainda fantasiados, acabaram improvisando um carnaval nas escadarias da delegacia de polícia. Devido ao amplo noticiamento pela imprensa do ocorrido, ele se tornou um evento de continuidade do carnaval:

A multidão se juntava para aguardar a demonstração de imprudência *camp*, e àqueles homens a quem havia sido negado o direito de exibir suas fantasias durante os bailes de travestis era dada uma passarela em plena luz do dia e com uma festiva audiência para apreciar sua debochada apresentação. Denunciando publicamente sua detenção e brincando com a multidão, esses homens arremedavam a imagem estereotipada do travesti, transformando o lugar num palco de *performance* e provocação. Em seguida, formavam uma banda para desfilar pela cidade, chamada “O que é que eu vou dizer em casa?” (GREEN, 2000, p. 364)

Assim como a palavra *bicha* foi criada e utilizada nos anos 30 para se contrapor às constantes ofensas a que a comunidade homossexual era submetida, valorizando sua feminilidade e homossexualidade, o fato acima mencionado também se enquadra na Teoria do Reconhecimento de Honneth ao demonstrar a reação a uma situação de desrespeito. Honneth (2003, p. 197-198) diz que a comprovação empírica do auto-respeito (adquirido por meio do reconhecimento jurídico) é complexa, mas ela se torna perceptível no momento de sua lesão, enquanto consequência da privação de direitos. Isso é ainda mais visível se o grupo afetado torna pública a experiência de desrespeito vivenciada, como forma de restabelecer o auto-respeito violado. No caso em análise, em decorrência da privação de um direito – o de divertir-se fantasiado no carnaval, pertencente a todos os membros da sociedade brasileira – e da exclusão daí decorrente – a privação da liberdade durante o carnaval, impossibilitando ao indivíduo detido participar da folia – os homossexuais e travestis reagiram de forma a exigir a realização de um potencial de validade ainda não efetivado, conscientes da privação que haviam sofrido, organizando uma situação que lhes permitisse exercer o direito que lhes havia sido negado, numa atitude ousada, desafiando seus opressores diante de seus olhos.

Após um período de mais intensa repressão, em 1974, a abertura política promovida por Geisel possibilitou o ressurgimento dos bailes de travestis, que se perenizaram como parte integrante do carnaval carioca. O constante aumento da publicidade dos bailes acabou por consolidar a associação entre a travestilidade e a homossexualidade, ao mesmo tempo em que produzia certa tolerância social à medida que todas as camadas sociais adquiriam

familiaridade com essas formas de expressão de sexualidade e de gênero (GREEN, 2000, p. 370-371). No entanto, a tolerância social sempre se restringiu aos homossexuais, travestis e transexuais que estivessem devidamente adequados ao estereótipo da mulher segundo uma visão machista. A história de Rogéria (nascida Astolfo Barroso Pinto) com sua família é ilustrativa dessa situação de tolerância condicionada. Rogéria e outras travestis faziam parte de um grupo que ganhou destaque nos palcos, mas participando de um circuito de apresentações fora do carnaval, chegando a atingir o estrelato internacional e, portanto, fama e dinheiro. Seus familiares a aceitaram apenas porque o filho, inicialmente *perverso*, adequou-se ao estereótipo de feminilidade e, no caso dela, de glamour, ou pelo apoio financeiro que ela proveria (GREEN, 2000, p. 377). De forma semelhante, atualmente, a aceitação do filho homossexual é, muitas vezes, condicionada a seu sucesso profissional e financeiro. Por outro lado, como constata Green (2000, p. 379), as travestis menos afortunadas perderam muito de seu espaço depois de intensa perseguição do governo militar e constante repressão policial, restringindo em muito seu campo de atuação na sociedade. Restou-lhes expor nas ruas seus corpos esculturais (e esculturados) para prostituição, os salões de beleza, ou outras profissões estereotipadas como “coisa de viado”.

Finalizando a descrição e análise da conquista de espaços no carnaval, Green (2000, p. 381) conclui que homossexuais e travestis também lograram espaço nas escolas de samba, que ganharam grande destaque no carnaval carioca a partir dos anos 60. Eles participavam da criação dos enredos, das fantasias, dos carros alegóricos e muitos também desfilavam. Quanto mais paetê e purpurina o carnaval de escolas de samba exigia, mais os homossexuais e travestis ganhavam espaço, deixando sua marca no carnaval carioca, aclamado em todo o mundo. Segundo Green, a “apropriação de determinados setores do carnaval carioca [...] tem tido um impacto sobre as vidas de muitos homossexuais cariocas durante todo o ano” (2000, p. 382). Assim, em vista da evidente influência da luta por reconhecimento promovida no carnaval por homossexuais e travestis em seu dia-a-dia, a seguir, inicia-se a descrição e análise da apropriação dos espaços urbanos cotidianos, o surgimento e a visibilização de identidades homossexuais e transgêneros e a mudança do quadro axiológico brasileiro a partir da década de 1940, fatores que possibilitaram a formação de um contexto político, social e cultural de onde irrompesse um movimento social organizado em defesa de homossexuais e transgêneros.

2.2.2 Fora dos guetos: novos espaços, novos valores, novas identidades

Assim como homossexuais e transgêneros lutaram pelo reconhecimento dos direitos e estima que lhes vinham sendo negados no contexto do carnaval, o mesmo foi feito em outras esferas de sua vida, especialmente a partir da década de 40. Durante o Estado Novo, o governo Vargas iniciou um processo de valorização da saúde, da higiene e do corpo físico, que incluía a divulgação de um novo padrão de masculinidade, exaltando o físico masculino e sua esbelteza, com o intuito de consolidar uma imagem positiva e saudável da sociedade brasileira. De fato, essa mentalidade internalizou-se no imaginário brasileiro.

O corpo social enfermiço das duas décadas precedentes estava se tornando robusto graças ao exercício, à alimentação e à disciplina da nova ordem. A ênfase passou a recair sobre uma imagem positiva e saudável da sociedade brasileira, descartando-se o conceito de degenerescência que merecera tanto destaque no passado. (GREEN, 2000, p. 237)

Green (2000, p. 235-236, 239) afirma que esse fato, juntamente à diminuição da produção intelectual europeia durante a Segunda Guerra Mundial são os motivos do declínio dos estudos no Brasil sobre a homossexualidade. Ele destaca, no entanto, que a produção anterior sobre o tema foi amplamente divulgada e popularizada nos anos 40 por meio de manuais sobre sexo. A popularização das teorias médico-jurídicas sobre a homossexualidade acabou por revelar seu fundamento na moral e dogmática católica, retirando seu caráter científico e reforçando os preconceitos contra homossexuais, travestis e pessoas trans.

Na década de 50, das publicações sobre a homossexualidade disponíveis, poucas foram produzidas no Brasil. Além dos escritos dos médicos, juristas e criminologistas dos anos 20 e 30, havia a obra médico-legal do jurista Jorge Jaime, chamada *Homossexualismo masculino*, publicada em 1953. A capa do livro chama a atenção de Green, por lembrar

a arte homoerótica europeia e norte-americana dos anos 50 e 60 [...]. Um jovem loiro e belo domina o espaço, lançando um olhar longínquo, talvez inocente, ou quem sabe romântico. Um pouco acima dele, à esquerda, está um homem mais velho e igualmente atraente, usando bigode. Sua expressão sugere proteção e afeto pelo jovem. A imagem não veicula a idéia de degeneração, doença ou perversão, e sim uma relação benéfica entre os dois homens. (GREEN, 2000, p. 282)

Contudo, logo após, ele ressalva que, essencialmente, Jorge Jaime apenas reforça a noção de que o homossexual é um ser doente, criminoso, degenerado, que deve ser tratado e, eventualmente, curado. Curiosamente, Jaime apresenta propostas benéficas aos homossexuais,

como a punição da extorsão, chantagens e demais abusos contra eles cometidos principalmente por policiais e, o que é mais impressionante, o casamento entre homens: “[...] muitos homens sentem-se mais felizes quando têm relações com uranistas do que com mulheres. Então, por que não os proteger legalmente? [...] Hoje, mais que em época alguma, *tem evoluído muito o conceito de família e já se acha mais importante a felicidade que a moral*”, mas termina sua digressão com uma hipótese estapafúrdia sobre as relações homoeróticas entre dois homens, perguntando-se se “haverá, realmente, felicidade onde existem fissuras anais e líquidos contendo gonococos?” (JAIME *apud* GREEN, 2000, p. 285, grifo nosso). Apesar de seu caráter predominantemente conservador, *Homossexualismo masculino* traz alguns elementos progressistas no que concerne à ampliação dos direitos de homossexuais, bem como mudanças no conceito de família – argumentos que foram utilizados pelo STF brasileiro para legitimar o reconhecimento da união estável entre homens, como se verá no Capítulo 3 –, embora não se possa considerar que o comportamento homoerótico tivesse deixado de ser *imoral*, conforme indicado pelo argumento de Jaime sobre a possibilidade de o Direito deixar de tutelar a moral em função da felicidade. A obra ainda gerou alguns efeitos imprevistos por seu autor, pois, ao apresentar um conto em que se descrevia os locais de interação homoerótica, leitores homossexuais foram atraídos por ela e tomaram conhecimento da vida homossexual em São Paulo.

Em 1958, o sociólogo José Fábio Barbosa da Silva realiza uma séria pesquisa com homossexuais paulistas, cuja abordagem foi completamente diferente do viés patologizante utilizado nos estudos dos anos 20 e 30. Barbosa da Silva conceituou o grupo homossexual como uma minoria portadora de uma subcultura peculiar. O perfil dos indivíduos estudados era de homens da classe média – evitando-se os então considerados demasiado efeminados e os prostitutas –, com média de idade de 26 anos. O sociólogo concluiu que, em sua maioria, os homossexuais iniciavam a vida sexual muito jovens, entre 8 e 12 anos, 10% consideravam-se ativos, 63% eram passivos e outros 27% foram considerados como “duplos”, por exercerem ambos os papéis sexuais. Green (2000, p. 274-275) faz uma observação curiosa, já que 37% do total de homens exercia o papel de ativo (exclusiva ou eventualmente), sendo que todos se identificavam como homossexuais. Apesar de a amostra de Barbosa da Silva não poder ser considerada como representativa da população homossexual brasileira, por ser restrita tanto em quantidade quanto no perfil dos estudados, tal constatação demonstra uma flexibilização da concepção de gênero e de sexualidade, pelo menos, entre os homossexuais: considerar-se homossexual já não significa ser efeminado e exercer o papel sexual passivo na cama. Em

entrevista realizada com o próprio Barbosa da Silva, Green constatou haver uma inversão dos papéis de gênero tradicionalmente assumidos pelos homossexuais efeminados e os homens “verdadeiros”. Bichas eram atraídas ao centro de São Paulo pela possibilidade de encontrarem homens “verdadeiros” com quem pudessem se relacionar sexualmente. No entanto, os homens efeminados exerciam o papel de galanteador e o outro, o de conquistado, fato que “contribuiu para a formação de uma identidade imbuída de autoconfiança e que se contrapunha aos estereótipos sociais do bicha patético e passivo” (GREEN, 2000, p. 278).

Outra conclusão interessante de Barbosa da Silva é a de que os homossexuais de classe média em geral adotam um comportamento mais discreto, em oposição à efeminação, por possuírem um bom emprego, provirem de “boas” famílias e terem uma reputação a zelar, cultivando uma vida dupla (GREEN, 2000, p. 275). Ele também descreveu os espaços ocupados pelos homossexuais em São Paulo, tais como a região do centro comercial e empresarial da cidade, especificamente, no cruzamento das Avenidas São João e Ipiranga, a Praça da República e seus banheiros públicos. O centro era ocupado, preferencialmente, nas noites de sábado e de vésperas de feriado, períodos em que as sanções sociais e policiais diminuía e grupos de homens em busca de prazer e diversão ali se concentravam. Nas ruas mencionadas, praticava-se o *footing*, tática de flerte apropriada dos heterossexuais que consistia no caminhar de homens e mulheres – individualmente ou em grupos – em direções opostas para conversar e flertar com potenciais parceiros.

A sensibilidade com que executou seu estudo permitiu a Barbosa da Silva observar ainda uma forma de comunicação discreta entre dois homens que se interessavam, que hoje poderia ser identificada como o *radar gay* ou *gaydar*: “É através de certas peculiaridades de comportamento – como gestos, maneiras de falar ou andar, companhias, preferências, roupas que usam, fatos, objetos e situações que atraem a atenção – que os homossexuais se identificam ainda que não se conheçam” (SILVA *apud* GREEN, 2000, p. 277-278). Igualmente, constatou a existência de uma ética compartilhada pela homossexuais que frequentavam o centro de São Paulo, que consistia em manter circunscrita àquele meio a identidade dos homens que frequentavam o local. Assim, preservava-se incólume a imagem dos frequentadores do local ante a sociedade como um todo, evitando que eles viessem a ser discriminados por seu comportamento.

Quanto à ocupação comercial dos espaços urbanos na década de 50, Rio e São Paulo não possuíam estabelecimentos voltados ao público homossexual, com exceção do bar paulista Anjo Negro, que funcionou por um curto período no fim da década, antes de ser

fechado pela polícia (GREEN, 2000, p. 279-280). No entanto, o público homossexual apropriou-se de locais frequentados por estudantes, intelectuais e artistas, onde havia maior liberdade para sua interação. Em meados dos anos 60, foi construída em São Paulo uma ampla galeria de compras, com cinemas, boates, bares e livrarias denominada Galeria MetrÓpole que, pouco depois de sua inauguração, foi invadida pelas bichas. Durante os anos 40 e 50, os homossexuais da capital carioca mantiveram como locais tradicionais de interação a Lapa, a Cinelândia e a Praça Tiradentes, mas também começaram a buscar outros locais. O glamour de Copacabana foi um grande atrativo, que logo passou a ser frequentado. Apesar da predominante “boa reputação” do bairro, ele também possuía fama de ser um local de práticas imorais e de permissividade sexual, principalmente, devido à presença de homossexuais, muitos dos quais se prostituíam. Bares, restaurantes e cafés de Copacabana foram tomados por homossexuais, embora os proprietários dos estabelecimentos impusessem rígidas normas de comportamento a seus clientes (como a proibição da demonstração de afeto entre homens e da “fechação”, isto é, da exibição de feminilidade considerada excessiva), com o objetivo de afastá-los. Mas as bichas resistiam até serem expulsas. Green (2000, p. 261-262) menciona um caso interessante sobre a existência de um acordo tácito de uma cooperação entre os proprietários do *Scotch Bar* em Copacabana e seus clientes “indesejados”. Embora Green não mencione os termos desse acordo, pode-se presumir que ele implicava numa restrição severa ao comportamento homossexual como condição para que frequentassem o local. Insistindo em ocupá-lo, os homossexuais o frequentaram durante vários anos. Apenas na década de 60, empresários de casas noturnas começaram a investir em locais que atendessem especificamente o público homossexual, ao notarem que frequentavam Copacabana em grande quantidade. A presença física de homossexuais em número cada vez maior aumentou sua visibilidade, diminuindo o estranhamento por parte da sociedade em geral e da polícia. Igualmente, Green (2000, p. 262) destaca que a ampla e constante divulgação dos bailes carnavalescos de travestis gerou esse mesmo efeito.

Ainda sobre a ocupação de Copacabana, em meados da década de 1950, os homossexuais fizeram-se notar na praia logo em frente ao internacionalmente famoso hotel Copacabana Palace. A praia foi apelidada de “Bolsa de Valores” por seus frequentadores, sob o argumento de “que lá é onde você pode mostrar-se para se valorizar. Lugar de valorização, de mostrar seu corpo”, conforme um de seus frequentadores definiu em entrevista concedida a Green (2000, p. 263). No local, eles se encontravam, interagiam, faziam amizades, fofocavam e, eventualmente, conseguiam parceiros. Como os frequentadores da Bolsa de Valores

expressavam sua homossexualidade e feminilidade abertamente, os mais discretos e *homens verdadeiros* não costumavam aparecer por lá e, além disso, sofriam muita hostilidade por parte dos banhistas homens machistas, chegando à agressão física e verbal. A praia não era o único local de manifestação de hostilidade contra homossexuais. Por todo o bairro de Copacabana, moradores e transeuntes os ofendiam. Havia, inclusive, grupos de homens que perseguiram homossexuais, principalmente os efeminados, para esmurrá-los. Da mesma forma, a perseguição policial permanecia. Green (2000, p. 266) conta que, nos anos 50 e 60, o delegado de polícia Raimundo Padilha implementou uma política higienista das ruas cariocas, cujos métodos consistiam, entre outros, na detenção arbitrária de homossexuais. Muitos policiais ainda aproveitavam da situação para chantagear e extorquir dinheiro de suas vítimas. Mesmo com tamanho esquema de repressão, homossexuais do Rio resistiram, não abandonaram os espaços conquistados. Pelo contrário, o processo de apropriação urbana seguiu sempre num sentido expansivo.

Em diversos momentos de sua obra, Green dá grande destaque às redes sociais de homossexuais, como os fãs-clubes das cantoras de rádio, os grupos de amigos frequentadores de concursos de miss, bailes carnavalescos de travestis, bandas de carnaval e demais pontos de encontro por eles apropriados. O historiador atribui a esses grupos de amigos a designação de *edifícios* do que ele chama de *subcultura homossexual*. Numa perspicaz analogia com a importância do papel da família tradicional brasileira enquanto rede de apoio a seus membros, Green afirma que as turmas de homossexuais substituíam suas famílias originais:

Muitos homossexuais que chegavam ao Rio ou a São Paulo proscritos de suas famílias, ou que simplesmente haviam deixado suas casas em busca de maior liberdade pessoal dependiam muito dessas famílias contruídas de outros homossexuais, uma vez que estes enfrentavam problemas similares. (GREEN, 2000, p. 290)

Os laços de amizade, apoio e companheirismo recíprocos criados nesses grupos eram essenciais para que os homossexuais suportassem e superassem as dificuldades encontradas em seu cotidiano opressor. Cabe citar aqui alguns trechos de depoimentos que demonstram o isolamento vivido pelos homossexuais recém chegados à cidade grande e a importância de uma rede de amigos:

Nunca me senti tão só e nunca estive tão sozinho. A solidão seria sempre o estigma da minha vida? Terei mesmo alguma coisa de intrinsecamente mau que repele as pessoas que se aproximem de mim? Se continuarem “odiando-me sem razão”, talvez

eu fique louco. Estou tão triste que seria capaz de fazer algo, pelo que haveriam de me odiar com razão. E no meio do quarto: eu! Esquecido, triste, humilhado... (SILVA *apud* GREEN, 2000, p. 290-291. Trecho de diário de um homem homossexual estudado por Barbosa da Silva)

As pessoas procuravam uma família. Eu cheguei ao Rio sozinho e precisava de uma família. As pessoas chegaram ao Rio gritando por uma família (GREEN, 2000, p. 291. Entrevista concedida a Green por Anuar Farah)

Na medida em que o homossexual consegue efetuar contatos e descobre que existem outras pessoas na sociedade semelhantes a ele, também excluídos do grupo majoritário, ele tende a encarar de outra forma a opção. Ela passa a significar a sua afirmação pessoal como homossexual, prendendo-o cada vez mais a essa categoria. (SILVA *apud* GREEN, 2000, p. 291)

Nos grupos de amigos, os homossexuais estabeleciam relações de reconhecimento recíproco entre si, por meio das quais criavam laços de afeto, respeito e solidariedade mútuos, promovendo a inserção de cada um dos membros na *subcultura homossexual* – ao mesmo tempo em que criam e reinventam essa cultura – e, conseqüentemente, a valorização de sua homossexualidade e auto-estima. Green (2000, p. 292-295) enumera alguns dos elementos culturais que eram adquiridos pelas pessoas ali socializadas. Eles consistiam, por exemplo, no humor *camp* (caracterizado pelo exagero e sarcasmo), o emprego de todo um vocabulário peculiar a esse universo (como o termo “entendido”, usado para identificar outros que partilhassem o desejo pela relação homoerótica, ou para designar locais com esse caráter), a brincadeira com o comportamento heteronormativo (pela adoção de uma atitude cheia de perspicácia e sabedoria sobre a vida urbana, características supostamente ausentes no universo heterossexual) e a troca de gêneros (formas de escárnio dirigidas às construções dominantes). Como se vê, a conquista de reconhecimento independe da organização de grupos no formato de movimentos sociais. Um grupo de amigos ressignificado como um grupo familiar já funciona como espaço de resistência e de luta.

Um outro espaço que começou a ser conquistado pelos homossexuais na sociedade brasileira nos anos 40 e 50 é a imprensa. Green (2000, p. 268-270) identifica que o fisiculturismo e as revistas especializadas sobre sua prática tornaram-se atração dos homossexuais brasileiros que os viam como manifestações homoeróticas. Não demorou para que os editores dessas revistas percebessem o potencial do mercado que se formava e comesçassem a produzir algo para esse público, embora de modo discreto como, por exemplo, ensaios fotográficos de fisiculturistas utilizando poucas roupas. Assim, homossexuais isolados, longe do Rio e de São Paulo, podiam ter algum contato com o homoerotismo.

No que diz respeito a publicações realizadas pelos próprios homossexuais, a primeira de maior expressão identificada por Green (2000, p. 296-298) chama-se *O Snob*, escrito por

Agildo Guimarães e sua turma, bichas frequentadoras de festas íntimas organizadas na residência de alguma delas, nas quais brincavam de imitar concursos de beleza e desfiles de moda. A publicação caseira rendeu noventa e nove números, entre julho de 1963 e junho de 1969, momento em que a repressão militar intensificou-se coibindo a continuidade do pequeno jornal. Agildo justifica o nome do jornal dizendo que a expressão *snob* era muito usada entre as bichas. Seus exemplares eram distribuídos na “Bolsa de Valores” e em outros pontos de socialização de homossexuais. *O Snob* foi uma das publicações mais influentes sobre o universo homossexual do Rio de Janeiro. Bem humorado, alheio à efervescência política nacional (talvez, por não ter havido influência direta do golpe militar na vida dos homossexuais até o fim da publicação), mas que, nem por isso, deixou de possuir um teor político, uma vez que se constituía num espaço de expressão e auto-afirmação das bichas.

Os papéis sexuais retratados n’*O Snob* reproduziam o imaginário da díade *boneca/bofe*, ainda predominante entre os homossexuais das classes de baixa renda. Green (2000, p. 301) ressalta que, nas classes média e alta, as identidades sexuais já haviam se complexificado, em conformidade com o também identificado por Barbosa da Silva em sua pesquisa feita em São Paulo. Como exemplo, o historiador menciona um número em que se justifica o interesse que os bofes sentem por bichas pela dificuldade de se conseguir relações sexuais com mulheres, as quais estavam submetidas a rígidos padrões de comportamento. Em outro momento, *O Snob* expressa repúdio a casais homossexuais que fogem do padrão *boneca/bofe*, fato que demonstra também haver rigidez das noções de papéis sexuais e de gênero no universo homossexual.

A publicação de Agildo e seus amigos acompanhou um momento de questionamento de valores tradicionais e de alterações das identidades homossexuais. Como exemplo, Green (2000, p. 309-310, 327) cita o Padre Jaime Stoeck, quem, em 1967, publicou um artigo numa revista católica em defesa da livre manifestação da homossexualidade, contrariando a moralidade da Igreja Católica que, embora não considere a homossexualidade um pecado, prega a abstinência e o casamento heterossexual como meios para evitar práticas homoeróticas. Em meados da década de 60, o termo *entendido* – que, dos anos 40 até então, designava os homossexuais enrustidos – começou a ser utilizado num sentido referente apenas à orientação sexual e sem referência à feminilidade, refletindo “uma *persona* pública mais resguardada”, que “adotava um comportamento sexual ‘igualitário’, que não imitava a díade ativo/passivo, masculino/feminino associada à interação tradicional, hierárquica, homem/bicha” (GREEN, 2000, p. 308), ao contrário das palavras viado e bicha, que têm

justamente a intenção de realçar a feminilidade. Igualmente, o termo *gay*, apropriado da cultura norte-americana, passou a ser utilizado como sinônimo de entendido ou homossexual (GREEN, 2000, p. 324, 327). Em seus primeiros anos, *O Snob* utilizava *gay* enfatizando as bonecas. Aliás, elas eram o grande atrativo e assunto recorrente das notícias ali publicadas. Mas em 1967, o jornal já empregava o termo com seu significado atualizado. No ano anterior, um de seus membros colaboradores começou a questionar fortemente a oposição bicha/bofe e os rígidos papéis sexuais e de gênero assumidos pelas bonecas. No primeiro número de 1969, *O Snob* abriu seu editorial num tom pretensamente politizado, de ruptura com a linha editorial que vinha sendo seguida, comparando-se ao bandeirante que veio para trazer o progresso aos não-civilizados, isto é, às bichas e viados que o editor tomava como inocentes, despolitizados, preocupados apenas com mesquinhas cotidianas:

1969 parece ser o ano das novidades, pelo menos para nós, de *O Snob*, muita coisa nova acontecerá no decorrer desse ano. Iniciamos com um jornal mais adulto, onde as crônicas, poesias, artigos de real interesse, contos e colunas sociais sadias, sem fofquinhas, aliás abandonadas há muito por nossos colunistas, e o suprimento de desenhos de figuras femininas [...] mostrarão nossos propósitos de atingirmos uma realidade do que realmente somos. Estamos próximos do século XXI, a dois passos da lua e não podemos permitir que nossa mente fantasiosa estacione desde há cem anos atrás. Sabemos que seremos criticados inicialmente, mas lutaremos para que todos sigam-nos em nossa marcha para o progresso, como o eterno bandeirante. (SNOB *apud* GREEN, 2000, p. 310)

No número seguinte, ao invés de trazer a imagem de uma boneca em sua capa, *O Snob* apresentou o desenho de dois homens nus em pleno ato sexual, sem denotar traços de feminilidade em nenhum deles. Green (2000, p. 310-313) enumera, então, as várias características que distinguiam o novo jornal do anterior, colocando-o numa linha de “evolução política”. Segundo o historiador, desde 1968, influenciado pelos vários movimentos de contestação – especialmente estudantis, nacionais e internacionais – da época, o jornal vinha politizando-se progressivamente, realizando críticas à Guerra do Vietnã, ao governo militar e demonstrando apoio ao movimento estudantil que se fortalecia no Brasil. Ainda nesse ano, os colaboradores de *O Snob* propuseram a fundação de uma Associação Brasileira da Imprensa Gay (ABIG), que se tornou realidade no ano seguinte, quando foi realizado o primeiro Congresso da ABIG. Contudo, o pequeno movimento que se organizava foi frustrado pela intensificação da repressão militar em fins de 68. Outro projeto frustrado pelo medo da ditadura foi “Shangri-lá”¹⁶, um centro cultural de socialização gay, também idealizado pelos

¹⁶ Em 1982, Agildo Guimarães (*O Snob*) e outros abriram um centro similar à Shangri-lá idealizada por Agildo,

membros do já não tão pequeno jornal carioca. A prática reiterada pelo governo militar de prisões arbitrárias, tortura e desaparecimento forçado espalharam entre os colaboradores d’*O Snob* o temor de serem considerados “subversivos”, findando sua publicação em meados de 1969. Green (2000, p. 314) aponta como outro fator que contribuiu para o fim do jornal a dispersão de seus membros, motivada pelo aumento da quantidade de opções de entretenimento gay, como bares e boates, usualmente preferidos em detrimento das festas íntimas organizadas entre os amigos, as quais mantinham unida a rede social d’*O Snob*.

O texto d’*O Snob* intitulado “Protesto” – exposto na Introdução desta dissertação – apresenta aquilo que se entendia como atuação política na época e que segue predominando. No entanto, como Honneth destaca, não são apenas os movimentos sociais os atores que trazem demandas politizadas que provocam mudanças no curso histórico-moral: eles representam apenas um dos atores que conseguiu expressar-se publicamente. As bichas efeminadas, seu comportamento e demandas repudiadas pelas últimas edições d’*O Snob* não são menos importantes ou menos politizados que aquelas em voga no período. Elas apenas perderam espaço, pois não lograram se organizar e se expressar segundo o que se compreendia como *política* na época. Como veremos adiante, esse fato refletiu-se na exclusão inicial do feminino, das travestis, de transexuais e das mulheres no início da organização dos homossexuais na forma de um movimento social. Apenas posteriormente, essas identidades conquistaram espaço, não sem luta.

Entre 1969 e 1972, o combate militar à “subversão” desorganizou os poucos grupos que iniciaram uma mobilização por demandas de homossexuais e as constantes e arbitrárias batidas e *blitz* de policiais impediam as pessoas de circularem livremente e, além disso, fecharam vários bares e boates, inclusive aqueles que atendiam o público gay, dificultando a expansão da sociabilidade homossexual. No entanto, a partir de 1972, os locais de entretenimento, gays ou não, voltaram a funcionar com relativa liberdade. Apesar de parecer contraditório um regime autoritário e de moral conservadora permitir tamanha liberdade a comportamentos e expressões de desejo que violavam seu rígido código de comportamento, Green (2000, p. 399) explica que, nos anos 70, os militares estavam mais preocupados em combater as manifestações literárias e artísticas que se apresentavam contra o governo. Por sua vez, as homossexualidades haviam conquistado espaço e relativa tolerância (desde que não fossem publicamente expressadas) na sociedade brasileira da década de 70 e,

onde ocorrem festas, shows de travestis e outros eventos sociais destinados ao público gay. Ver GREEN, 2000, p. 327.

principalmente, não representavam uma ameaça ao regime. A apropriação de espaços e a criação de novos locais de interação homossexual continuaram sendo conflituosas, mas sempre no sentido da expansão, e não da retração ou estagnação. Lésbicas fizeram-se visíveis e apropriaram-se de um bar em São Paulo na década de 70, que se tornou o primeiro ponto de encontro público de lésbicas (GREEN, 2000, p. 402).

Certamente, as conquistas efetuadas por homossexuais e transgêneros não se deram de forma simétrica, de maneira que todos deixassem a marginalidade e a invisibilidade social. Green (2000, p. 403) observa que a diminuição da renda nas classes pobre e operária obrigou muitos jovens a buscarem a prostituição; o mercado de trabalho para travestis restringiu-se em fins dos anos 60 e início dos 70, devido à proibição de bailes de travestis, resultado da perseguição policial e opressão militar. Por outro lado, nesse mesmo período, o aumento do poder econômico da classe média possibilitou que mais pessoas pudessem pagar por sexo. Assim, travestis e michês tornaram-se cada vez mais presentes nas ruas do Rio de Janeiro e de São Paulo. A transgressão de gênero promovida pelas travestis ganhou um novo significado, pois, além de estar presente nas roupas, na linguagem e no comportamento, foi corporificada. Hormônios e silicones tornaram-se de uso comum entre elas.

O fim da década de 60 e o início da de 70 foram também marcados por várias transformações culturais (GREEN, 2000, p. 408-416). O movimento tropicalista liderado por Caetano Veloso, Gilberto Gil, Maria Bethânia e Gal Costa trouxe novos questionamentos aos papéis de gênero e sexuais tradicionais. Os cantores, constantemente questionados sobre sua orientação sexual, jamais desmentiram as especulações que se fazia sobre sua provável homossexualidade. Caetano, especialmente, popularizou uma imagem cujo sexo não era possível definir segundo as concepções tradicionais. No início dos anos 70, outros artistas, como o grupo cênico e musical Dzi Croquettes e Ney Matogrosso (enquanto membro do grupo “Secos e Molhados” e, mesmo após sua saída) vestiam-se e portavam-se de modo andrógino em suas apresentações. Ney atraía sexualmente tanto homens como mulheres e afirmava-se pública e orgulhosamente como homossexual. Ainda nesse período, livros e peças teatrais que escaparam à censura abordavam a homossexualidade com um viés positivo. Entre as produções intelectuais da época, destaca-se *A meta*, obra de 1976, de Darcy Penteado, reconhecido cenógrafo e artista plástico pertencente à classe alta de São Paulo. Seu livro traz contos (sendo que um autobiográfico) homoeróticos retratando positivamente a homossexualidade. Do mesmo modo que Ney Matogrosso, Darcy declarava-se gay com orgulho e falava sobre a necessidade de um movimento gay organizado no Brasil. Em suma,

tais manifestações artísticas são representativas das novas identidades que surgiam no país, que se colocavam como politizadas e, progressivamente, adquiriam aceitação do público, formado, principalmente, por membros da classe média.

2.2.3 O movimento sai do armário

Em fins dos anos 60, o terreno estava preparado para o surgimento de um movimento social liderado por homossexuais. Sodomitas, frescos, putos, bichas, viados, entendidos, bonecas, pintosas, ativos, passivos, travestis, homossexuais, gays ... saíram dos guetos – sem abandoná-los – e, por meio de lutas, batalhas, táticas individual e coletivamente pensadas e colocadas em prática, conquistaram os mais diversos espaços na sociedade brasileira e fizeram-se visíveis. A opressão implementada pelo regime militar provocou enorme efervescência política na sociedade brasileira, que se organizou numa luta contínua pelo reconhecimento de seus direitos e de sua cidadania. Oliveira (2009, p. 379) considera a mobilização da sociedade civil o fator de maior importância para a democratização do processo constituinte que vinha se formando, enumerando e descrevendo suas frentes políticas de atuação:

- a) por meio de manifestações, passeatas e protestos em praça pública, contribuindo para se criar uma nova cultura política, movimentos de protesto que vão culminar quer seja nas greves do operariado no ABC paulista e em Minas Gerais e do chamado novo sindicalismo de fins dos anos 70 ou nas grandes manifestações em torno da campanha das Diretas-já no início dos anos 80;
- b) ou, então, por meio de vias clandestinas de resistência e da forma extrema da “luta armada”;
- c) porque a sociedade civil interagiu progressivamente com o “núcleo do sistema político”, formado pelos fóruns oficiais, forçando-o por dentro, através dos canais institucionais que, por mais que escassos ou restritos, como é o caso das eleições e da via jurisdicional, foram sendo ocupados e alargados, em razão da tensão interna que a própria participação política gerava. (OLIVEIRA, 2009, p. 379)

Havia, portanto, um contexto social com vários movimentos organizados politicamente na luta pelo reconhecimento das mais diversas esferas da cidadania. A essa luta, os grupos não-heterossexuais brasileiros não ficaram alheios.

Em meados dos anos 70, surgiu com muita força o movimento feminista, por ter encontrado condições adequadas para se organizar, caracterizadas pela abertura política do governo militar, pelo fortalecimento e expansão do movimento feminista internacional e pela proclamação do Dia Internacional da Mulher em 1975. Em seus primeiros anos, o movimento

feminista brasileiro centrou-se na luta por redistribuição de recursos para as classes pobre e trabalhadora e pela anistia dos exilados e presos políticos. Apenas em 1978, as questões de gênero começaram a ganhar espaço, sendo consideradas tão importantes quanto a luta de classes. Green (2000, p. 394) observa que a luta do movimento feminista contra a misoginia e o machismo e em favor de uma mudança dos papéis de gênero e dos costumes sexuais tradicionais ampliou a discussão sobre esses temas na sociedade brasileira, coincidindo com a luta do movimento gay que surgia no fim da década de 70.

Em 1976, mulheres que haviam participado do movimento estudantil fundaram o primeiro jornal feminista, chamado *Nós Mulheres*. Também na segunda metade da década de 1970, aproveitando-se das mesmas condições de efervescência política e social que encontraram as feministas, homossexuais reconquistaram seu espaço na imprensa, restringido após a intensificação da repressão militar (GREEN, 2000, p. 395, 417-421). Apesar da censura, homossexuais brasileiros tinham acesso à informação sobre o movimento de lésbicas e gays na arena internacional. A imprensa alternativa – enquanto oposição à imprensa de massa – possuía papel essencial nessa divulgação. A primeira coluna exclusivamente gay, chamada “*Gay Power*”, surgiu no jornal *Já* (publicação que perdurou apenas na segunda metade de 1971), dissidente d’*O Pasquim*. Esse, por sua vez, trazia notícias esparsas sobre homossexuais, mas devido a seu estilo machista heteronormativo, não se viam ali artigos que questionassem os estereótipos de homossexuais, nem os papéis de gênero tradicionais, e mais, costumavam publicar piadas grosseiras sobre bichas. Somente no fim da década de 70, *O Pasquim* modificou sua linha editorial sexista, quando os movimentos feminista e homossexual adquiriram visibilidade. Num outro sentido, a coluna de Celso Curi publicada no *Última Hora* em 1976 trouxe abordagens favoráveis à homossexualidade, sem estereotipar os homossexuais, obtendo grande aceitação do público e servindo de inspiração para colunistas que se seguiram. No início desse ano, na cidade de São Paulo, o escritor João Silvério Trevisan tentou criar um grupo universitário para discutir a homossexualidade, mas questionamentos sobre se o grupo deveria aliar-se a militantes de movimentos sociais com outro viés de atuação como a esquerda comunista e anti-regime militar (caracterizados como ambientes hostis às homossexualidades), ou se deveria seguir sua própria luta, acabaram desagregando o grupo (GREEN, 2000, p. 427-428). Houve uma segunda tentativa em julho de 1976, no Rio, quando um ativista distribuiu folhetos marcando para o dia 4 desse mês o primeiro encontro do grupo nos jardins do Museu de Arte Moderna, frustrado pelos homens do Departamento Geral de Investigação Especial do governo militar, que cercaram o local no

dia do encontro (GREEN, 2000, p. 428-429). Em dezembro de 1976, alguns dos leitores e ex-colaboradores d'*O Snob* reuniram-se e lançaram *Gente Gay*, primeira de nova onda de publicações gays no Brasil que, segundo Green (2000, p. 314), marcaram o início da organização de um movimento engajado na defesa e luta por reconhecimento de gays e lésbicas.

No fim de 1977, o governo já havia abrandado sua fiscalização sobre os movimentos sociais. A visita ao Rio do editor chefe de uma revista americana dirigida ao público gay inspirou um grupo de intelectuais (formado pelo antropólogo Peter Fry, pelo cineasta e crítico de cinema Jean-Claude Bernardet, por Darcy Penteado, por João Antônio Mascarenhas e por João Silvério Trevisan) a publicar o jornal *Lampião da Esquina*, direcionado aos homossexuais brasileiros, cujo primeiro número foi publicado em abril de 1978. O *Lampião* possuía uma linha editorial considerada bastante politizada para a época, pois apresentava explicitamente em suas publicações discursos de defesa dos direitos de gays e lésbicas, chegando a manifestar-se pela necessidade de um movimento organizado nesse sentido. Dentre os preconceitos que o jornal buscava combater, estava a idéia segundo a qual homossexuais seriam incapazes de aceitar seu próprio desejo, como se sua sexualidade os impedisse de se realizarem (FACCHINI; SIMÕES, 2009, p. 85), resquício ainda de um pensamento que compreende homossexuais como seres aos quais não se reconhece a capacidade de estabelecer relações de afeto na realização de seu desejo sexual, algo que perpetua até a atualidade. No começo de 79, houve uma tentativa do governo de fechar a publicação. Depois desse episódio, os militares deixaram de tentar reprimir as iniciativas de formação do movimento homossexual, provavelmente, porque não conseguiam acompanhar a efervescência de movimentos sociais da época e concentravam-se naqueles que eram declaradamente contra o regime (GREEN, 2000, p. 435). Pouco depois do surgimento do *Lampião da Esquina*, formou-se em São Paulo o “Núcleo de Ação pelos Direitos dos Homossexuais”, primeira organização brasileira duradoura e bem-sucedida na luta por reconhecimento de homossexuais. Facchini e Simões (2009, p. 96) apontam que seu objetivo inicial era refletir e discutir sobre sexualidade, por meio de relatos pessoais, bem como discutir sobre a possibilidade de se organizarem num amplo movimento político. Em fins de 1978, o grupo foi rebatizado como “Somos: Grupo de Afirmação Homossexual”, demonstrando a intenção de realizar uma afirmação positiva de sua identidade homossexual. O Somos dividia-se em subgrupos: um chamado “atuação”, responsável por organização de suas atividades; e outro, que nos interessa mais, chamado inicialmente “identificação” e,

posteriormente, “reconhecimento”, no qual seus membros trabalhavam reflexões sobre si, compartilhavam suas experiências, inclusive os sofrimentos gerados por situações de desrespeito, que lhes provocavam sentimentos de culpa e vergonha. Como ressaltam Facchini e Simões (2009, p. 98-99) esse ambiente formado exclusivamente por homossexuais (uma vez que a heterossexuais não era permitido se tornarem membros, sob o argumento de que um grupo formado apenas por homossexuais seria supostamente mais igualitário) possibilitou um espaço de maior conforto para que seus membros pudessem se expor de forma a criar laços de solidariedade entre si, que lhes possibilitava indentificarem-se como homossexuais, embora Facchini e Simões (2009, p. 102-103) ressaltem que havia membros do grupo que reconhecessem a existência de uma grande diversidade de identidades e fluidez entre elas, não podendo ser resumida à oposição homossexualidade/heterossexualidade. MacRae, em sua pesquisa realizada sobre o Somos, relata que os vínculos surgiam de tal forma que os membros do Somos se consideravam “casados” com o próprio grupo:

Esses relatos [proferidos nas reuniões do subgrupo de reconhecimento] frequentemente possuíam uma forte carga emotiva que levavam à rápida criação de vínculos afetivos entre os membros de cada subgrupo. Ao lado da motivação política, uma das razões mais comuns que motivaram indivíduos a fazer parte do Somos era a necessidade de estabelecer contato com outros em igual situação de marginalização sexual e social. Frequentemente, encontravam aí, pela primeira vez, a possibilidade de discutirem de maneira não culposa a sua homossexualidade, que poderia tornar-se até motivo de orgulho. [...] Tão grande era a dedicação às atividades do grupo que durante o seu auge (1979 e 1980) vários indivíduos deixaram cursos e empregos para poderem lhes dedicar uma atenção integral. Era o “casamento com o grupo”. (MACRAE, 1990, p. 128-129)

Em 6 de fevereiro de 1979, o movimento de gays e lésbicas brasileiro “sai do armário” – como afirmado por Green (2000, p. 433) – ao participar de uma série de debates públicos sobre a articulação dos movimentos de minorias, realizados na Universidade de São Paulo. Essa foi a primeira ocasião em que lésbicas se manifestaram publicamente sobre a discriminação por elas sofrida. Como resultado das discussões, psiquiatras, sexólogos e acadêmicos publicaram diversas obras com uma abordagem favorável aos homossexuais, em contraste com as publicações do início do século. A homossexualidade deixa de ser vista pela comunidade científica como uma patologia ou uma degeneração moral e passa a ser abordada como um possível comportamento sexual dentro de um variado leque de possibilidades. A partir de então, o movimento social de gays e lésbicas foi crescendo. Em abril de 1980, aconteceu o “Primeiro Encontro Nacional de Grupos Homossexuais Organizados”, fato que

evidencia a proliferação de grupos em defesa de homossexuais no Brasil. No “Primeiro de Maio” do mesmo ano, cinquenta gays, lésbicas e simpatizantes do “Somos” uniram-se à marcha em apoio à greve geral dos trabalhadores do ABC paulista. Na ocasião, levavam uma faixa cujo letrero dizia: “Contra a discriminação ao(à) trabalhador(a) homossexual”. Sua participação foi reconhecida pelos integrantes da marcha, recebendo aplausos, mas a polêmica sobre a união do movimento homossexual aos militantes da esquerda trabalhadora continuava. A decisão sobre a participação do “Somos” na marcha não fora unânime. Assim, uma minoria que o compunha, contrária à união com o movimento trabalhador, deixou o grupo para formar o “Outra Coisa”. Apesar das divergências internas ao movimento, já no início dos anos 1980, ele havia se consolidado. No fim de sua obra, Green (2000, p. 436) descreve um episódio que marca a consolidação do movimento brasileiro de homossexuais. Em maio de 1980, numa batida para “limpar” a cidade, a polícia paulista deteve arbitrariamente mais de mil e quinhentos gays, lésbicas, travestis e prostitutas. Em 13 de junho do mesmo ano, cerca de quinhentas pessoas – dentre elas, ativistas que deixaram de lado suas diferenças – reuniram-se no centro de São Paulo para protestar contra o ocorrido. Em passeata pelas ruas, diziam: “Abaixo a repressão, mais amor e mais tesão”.

2.2.4 Institucionalização e complexificação do movimento

Facchini e Simões (2009, p. 79) definem o período dos anos 1950 a 1970 como de *movimentações*, isto é, de articulações entre as diversas pessoas que se viam como desempenhando comportamentos que fugiam ao padrão heteronormativo, mas ainda não de forma organizada em um movimento social. De fato, Honneth menciona a necessidade de um ambiente político que provoque as pessoas atingidas pelo desrespeito a agirem no formato de um movimento social. Como afirmado anteriormente, essas condições consolidaram-se na segunda metade da década de 1970, quando, após lenta abertura do governo militar, os movimentos feminista, negro e de trabalhadores voltaram a atuar fortemente em defesa de seus direitos. No entanto, a adesão dos grupos homossexuais a um tipo de organização assim institucionalizado no formato da política de identidades aconteceu de forma gradual.

Como destacam Facchini e Simões (2009, p. 95), em seus escritos no *Lampião*, João Silvério Trevisan posicionava-se contra a atuação institucionalizada, sob o argumento de que a institucionalização anularia as subjetividades tão diversas e também subversivas características às homossexualidades:

Direitas e esquerdas do sistema estão querendo tornar-nos consumidores do homossexualismo e, com isso, recuperar-nos. Trata-se de uma forma de nos iludir com o poder e neutralizar o potencial subversor. A única maneira de garantir nossa subversão e impossibilitar nossa recuperação é ser cada vez mais viado e sapatona, portanto mais malditos e menos cobiçáveis por todas as formas de poder (ordem), do tipo partidos, publicidade, família, mídia. Quanto mais aprofundarmos nossas diferenças com a normalidade instituída (a sociedade heterossexual compulsória), tanto mais difícil será nos digerir. E tanto maior será nossa capacidade de virar a mesa. (TREVISAN, 1980, p. 10)

Essa mesma crítica tem sido feita ao movimento LGBT nos últimos tempos, principalmente após a aprovação da *união homoafetiva* pelo STF brasileiro, o que criou um padrão de relação homossexual reduzido ao afeto idealizado, como aquele tradicional de uma relação heterossexual. João Silvério Trevisan já apontava para essa possibilidade ao prever que a autação institucionalizada implicaria em perda de individualidade, a partir de concessões que deveriam ser realizadas à norma, isto é, ao comportamento homossexual compulsoriamente adotado. Como já ressaltado, mesmo nas reuniões dos membros do Somos já se discutia o receio de que a institucionalização de identidades e sua cristalização não corresponderiam de fato à subjetividade individual. No entanto, as movimentações das pessoas não-heterossexuais foram se institucionalizando em movimentos sociais de luta por reconhecimento segmentados em grupos identitários. Inicialmente, surgido como movimento homossexual, formado primordialmente por homens, passou a ser frequentado e questionado por mulheres que se identificavam como lésbicas. Por exemplo, no caso do Somos, as mulheres que lhe compunham criaram em 1979 um subgrupo de lésbicas e, em 1980, se separaram e compuseram o “Grupo de Ação Lésbica-Feminista – GALF”, sob a alegação de que não cabiam no Somos por serem também mulheres, além de homossexuais, e, para atender a suas especificidades, deveriam se separar (FACCHINI; SIMÕES, 2009, p. 104, 107). Como se verá adiante, apenas em meados da década de 1990, as demandas de travestis foram incorporadas como legítimas ao movimento. Por sua vez, as demandas de transexuais e bissexuais foram institucionalizadas apenas nos anos 2000, momento em que o grupo passou a se identificar como um movimento de luta de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (sendo que esses dois últimos grupos identitários são às vezes referidos como transgêneros).

De qualquer forma, embora a institucionalização das movimentações promovidas por não-heterossexuais segundo os moldes da política identitária tenha gerado inúmeros conflitos e cisões, esse fato também atribuiu legitimidade às demandas colocadas por essa população, que começou a acessar os canais institucionais do Estado para a recepção dessas demandas.

No Encontro de Homossexuais Militantes (promovido pelo *Lampião*, em 1979, que contou com a participação de militantes do Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília e outras cidades do Sudeste) descrito por Facchini e Simões (2009, p. 104), os participantes aprovaram como resoluções a inclusão na Constituição Federal do direito à não-discriminação pela “opção sexual” e a luta pela retirada da homossexualidade do rol de doenças mentais. Essas mesmas demandas foram posteriormente levantadas e aprovadas no I Encontro de Grupos Homossexuais Organizados (EGHO), no I Encontro Brasileiro de Homossexuais (EBHO), ambos ocorridos em 1980 em São Paulo, e no II EGHO, ocorrido em 1984 em Salvador. Facchini e Simões (2009, p. 121-123) relatam que ambas as demandas foram levadas adiante pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) – fundado em 1980, em Salvador, atuante até hoje, sob a coordenação de Luiz Mott –, e pelo Triângulo Rosa, grupo fundado pelo ex-*Lampião* João Antônio Mascarenhas em 1985 e extinto em 1988. A campanha levada a cabo pelo GGB para a retirada da homossexualidade do Código de Classificação de Doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social foi acolhida pelo Conselho Federal de Medicina e, em 1985, a homossexualidade deixou de ser considerada doença, nove anos antes de a Organização Mundial da Saúde realizar a mesma alteração. Com atuação de similar afinco, o GGB e o Triângulo Rosa realizaram campanha na Assembléia Constituinte pelo reconhecimento da proibição da discriminação por “opção sexual”. Em 1987 e 1988, João Antônio Mascarenhas pronunciou-se pelo acolhimento do pleito dos referidos grupos diante dos membros da Constituinte. Embora a demanda não tenha sido acolhida, pela primeira vez, o Congresso Nacional discutiu a homossexualidade a partir da fala de um homossexual, que pretendia representar os anseios de todo um grupo. Assim, já não eram apenas os grupos sociais privilegiados, considerados “normais”, que logravam representar a si mesmos e falavam sobre si e sobre/pelo outro na arena pública: os próprios homossexuais falavam por si, sobre si, diferente do que ocorria nas primeiras décadas do século XX. No Congresso Nacional, já não se discutia a criminalização da homossexualidade, mas a absoluta proibição de discriminação que se fundamente nela e, desde o ano 2001, discute-se a criminalização da conduta discriminatória baseada em orientação sexual e identidade de gênero.

Ao mesmo tempo em que a década de 1980 foi a de surgimento e institucionalização do movimento homossexual, foi também o período de eclosão da epidemia de Aids. O Estado e a imprensa da época divulgavam uma associação necessária entre a transmissão do vírus HIV e a homossexualidade, fundamentados no discurso médico, que novamente associou

doença às práticas homoeróticas. Facchini e Simões (2009, p. 129) ressaltam que esse foi um período de hiperexposição desrespeitosa da homossexualidade, de divulgação de matérias jornalísticas sensacionalistas, em que figuras públicas proferiam discursos explicitamente preconceituosos. O desrespeito assim escancarado teria repercutido até mesmo no aumento de crimes violentos cometidos contra gays e travestis. Certamente, o período de surto da Aids foi aquele em que mais escancaradamente se degradou, excluiu, violou pessoas não-heterossexuais. Mas, provavelmente, exatamente por isso, foi também um período de intensa formação e expansão de laços de solidariedade entre essas pessoas e outros, inclusive heterossexuais.

Apesar de se ter divulgado exaustivamente que a Aids atingiria apenas pessoas pertencentes a “grupos de risco” (como homossexuais, prostitutas e usuários de drogas), a realidade apresentava um outro fato: todos são vulneráveis à contaminação pelo HIV, se a ele houver exposição. Sendo assim, como Louro (2004, p. 35-37) sugere, a epidemia de AIDS gerou laços de solidariedade que transcendem conceitos identitários e diversas pessoas uniram-se para combater não apenas a doença, mas a discriminação desenfreada que havia se instaurado contra portadores do HIV e pessoas que supostamente pertenciam aos “grupos de risco”. Mesmo profissionais de saúde (entre eles, médicos) se aproximaram de ativistas homossexuais, como destacam Facchini e Simões (2009, p. 130). Outra consequência interessante foi o fortalecimento do movimento homossexual brasileiro, cuja luta havia arrefecido por várias razões, entre elas a dificuldade de se institucionalizar segundo a burocracia exigida pelo Estado, as dificuldades financeiras de manutenção das atividades e o baque inicial do surto de Aids. As ações de combate à epidemia e à discriminação receberam consideráveis aportes financeiros, tanto por parte do Estado brasileiro, como por parte de organismos internacionais, o que possibilitou aos movimentos se institucionalizarem e se manterem na forma de organizações da sociedade civil sem fins lucrativos. Nesse sentido, sobre a epidemia da Aids, Facchini e Simões (2009, p. 133-134) concluem que ela “mudou dramaticamente as normas da discussão pública sobre a sexualidade ao deixar também, como legado, uma ampliação sem precedentes da visibilidade e do reconhecimento da presença socialmente disseminada dos desejos e das práticas homossexuais”. Já não era tão fácil tomar como inexistente a homossexualidade no Brasil, ou “vê-la como se não existisse” – segundo o mecanismo de invisibilização sugerido por Honneth –, pois ela teve que ser inserida no debate público, obrigando o Estado a discutir e instituir políticas públicas voltadas a essa população e a sociedade em geral a falar e informar-se sobre a homossexualidade.

De meados dos anos de 1980 em diante, o movimento homossexual passou por diversas transformações: ingressou efetivamente no processo de burocratização para sua organização no formato de ONG, com o intuito de acessar canais institucionais para levar suas demandas e receber financiamentos; a quantidade de organizações proliferou-se em todo o território nacional, especialmente em razão da maior disponibilização de recursos para o combate ao HIV/Aids; os encontros nacionais e regionais do movimento começaram a acontecer com mais frequência e maior regularidade; desde 1995, acontece a Parada do Orgulho LGBT, que cresce a cada ano, tanto em quantidade de municípios de ocorrência, como em público participante; e, o que é mais curioso, a proliferação das identidades não-heterossexuais forçou o movimento a se diversificar na medida em que grupos que não se viam representados (como travestis, transexuais, bissexuais e outros) nas bandeiras levantadas começaram a questioná-lo e, assim, do movimento homossexual do fim dos anos de 1970 e início da década de 1980, passou-se ao movimento LGBT, sua designação atual. Apesar das mudanças, muitas de suas estratégias de atuação permanecem, como a autoafirmação positiva pela ressignificação de palavras de cunho pejorativo, e a ocupação de espaços públicos e privados que manifestam hostilidade às homossexualidades e outras expressões que fogem à norma heterossexual.

2.3 Estratégias de luta por reconhecimento/justiça e progresso moral

Como visto no Capítulo 1, a forma de auto-realização pela heterossexualidade e pela masculinidade ocupa posição privilegiada em relação às identidades homossexuais e transgêneras, por ser tida pela sociedade brasileira em geral como a identidade normal, positivamente valorada. Sua força homogeneizadora é tamanha, que “sequer é vista como *uma* identidade, mas como *a* identidade” (SILVA, 2000, p. 83), invisibilizada enquanto tal. “Paradoxalmente, são as outras identidades que são marcadas como tais” e, assim, é “a sexualidade homossexual que é ‘sexualizada’, não a heterossexual” (SILVA, 2000, p. 83). A heterossexualidade e a masculinidade são tidas como algo natural, postas desde sempre e existentes por si. No entanto, ao proliferarem reações às diversas formas de desrespeito consequentes do processo de normalização e homogeneização da identidade hetero-masculina, aqueles que a ela se adequam se vêem ameaçados em sua força homogeneizadora. Para reconquistá-la, contra-atacam com mecanismos de invisibilização da homossexualidade e da transgeneridade, para se manterem no topo da hierarquia das formas de auto-realização. A

análise de Green sobre a conquista do carnaval e dos demais espaços sociais pelos homossexuais e travestis demonstra exemplarmente a dinâmica dos movimentos de visibilização e invisibilização que ocorrem no processo de luta por reconhecimento. Ao se contrastar a marginalização social a que os homossexuais e transgêneros eram submetidos até meados dos anos 40 com o espaço e a valorização conquistados até fins dos anos 70, é possível identificar alguns dos mecanismos de invisibilização – alguns explícitos, outros nem tanto – impostos pela sociedade masculina heterossexual brasileira.

A forma mais explícita de invisibilização da homossexualidade e da transgeneridade no Brasil deu-se pelo afastamento e/ou destruição do objeto que se deseja invisibilizar, expressando-se de duas formas: a repressão física violenta, implementada pelo Estado – seja por meio da polícia, ou pelos militares durante a ditadura –, e por particulares, foi uma constante em todo o período analisado, no intento de enxotar homossexuais e travestis para os guetos de imoralidade, criminalidade e pobreza; e a repressão moral e social também violentas implementadas por meio da linguagem ofensiva dirigida ao objeto em questão e por meio de associações arbitrárias entre homossexualidade e doença, como ocorreu no caso da epidemia de Aids. Nesse sentido, a invisibilidade pretendida é literal, física, afastando do “campo de visão” social a homossexualidade e a transgeneridade, ou até mesmo eliminando-as. Conseqüentemente, a reação da comunidade homossexual a essa tentativa de invisibilização foi mostrar-se fisicamente presente em quantidade cada vez maior em todos os locais onde havia hostilidade contra ela.

Outro meio de invisibilização é o artifício do “olhar através”, do “ver o objeto como se ele não existisse”, menosprezando-o, conforme identificado por Honneth. Como esse mecanismo pressupõe a visibilidade física do objeto, ele foi utilizado em espaços nos quais homossexuais e transgêneros já estavam presentes, como os bailes e bandas carnavalescas e estabelecimentos comerciais. Pode-se nomear como exemplo um fato que desperta a curiosidade de Green (2000, p. 329-331), ocorrido na década de 30. Hugh Gibson, o embaixador americano no Brasil, publicou um relato sobre suas experiências no Rio. A obra de 1937 traz uma foto de um bloco carnavalesco que apresenta várias travestis elegantemente vestidas. Porém, apesar de a transgressão de gênero ser algo tão evidente no retrato, o embaixador não a discute em seu relatos. Na verdade, ele atém-se mais à raça dos indivíduos retratados, intitulado a foto como “Bloco carnavalesco *negro*”. Um segundo exemplo é a imprensa que, oscilando entre a exaltação e a execração públicas dos bailes de travestis, em diversos momentos publicizou as festividades carnavalescas sem nem mencionar os

componentes homossexual e transgênero nelas presentes, apesar de serem gritantes (GREEN, 2000, p. 346-347). Por fim, merece destaque um subterfúgio que vem sendo empregado desde o momento em que homossexuais começaram a ocupar os estabelecimentos comerciais: o “acordo tácito” entre seus proprietários ou gerentes e a comunidade gay que ali frequenta. Os termos não ditos do acordo consistem na restrição severa ao comportamento homossexual enquanto condição para que frequentem o local. O teor do acordo torna-se manifesto ao ser rompido. O rompimento dá-se justamente quando os frequentadores homossexuais manifestam alguma forma de afeto entre si, ou agem de maneira considerada “exageradamente” efeminada. No entanto, como visto, a epidemia da Aids inseriu temas relativos à sexualidade no debate público, inclusive as práticas homoeróticas, forçando que se reconheça ao menos sua existência.

Talvez, o meio mais pernicioso e eficaz de invisibilização é aquele que tem como objeto não a homossexualidade ou a transgeneridade em si, mas o desrespeito a elas dirigido. A “cientifização” da homossexualidade promovida por médicos, criminologistas e juristas nas primeiras décadas do século tinha como finalidade principal a atribuição de explicações biológicas à “disfunção” homossexual. Por isso, acabaram por fixar às identidades homossexual e transgênera um caráter patológico natural. Igualmente, ao condenar o comportamento homossexual, a Igreja Católica atribuiu-lhe um caráter profano, anti-divino. A ampla divulgação, profusão e constante reiteração dessas idéias (especialmente por meio da linguagem que, como já visto, possui o poder de formar o meio em que atua) acabaram formando o imaginário popular brasileiro segundo o qual a profanidade e a patologia são características essenciais das identidades homossexual e transgênera. Naturalizou-se, assim, a discriminação contra homossexuais, travestis e pessoas trans na sociedade brasileira, intensificada nos anos 80, em razão do HIV/Aids.

Inicialmente, em conformidade com as descrições e análises de Green, a reação dos homossexuais e transgêneros ao mecanismo de invisibilização mencionado foi a exaltação das características pelas quais eram hostilizados: a feminilidade e a homossexualidade. A exaltação do feminino expressou-se, especialmente, nas performances de homens vestidos como mulheres estilizadas, tal como Carmen Miranda. Dentre as conclusões de seu estudo sobre a artificialidade e a correlação das diferenças e identidades, Silva (2000, p. 89) menciona que cruzar uma fronteira de identidades, ou nela permanecer evidencia a instabilidade das identidades e, portanto, das diferenças, especialmente, em casos de oposição binária, como homem/mulher, homossexual/heterossexual. Assim, o mero existir e mostrar-se

de *drag queens* e travestis é, por si só, subversivo, seja com o fim de militar pelas causas LGBT, ou por apenas quererem se divertir ou entreter outros em suas performances, se para garantir clientes no exercício da prostituição, ou simplesmente por gostarem de estarem como estão.

A identidade homossexual não permaneceu estática e fixada à feminilidade, mas foi se complexificando. Nos anos 50, homens que se identificavam como homossexuais, mas que não eram efeminados e tampouco exerciam estritamente o papel sexual ativo ou passivo, começaram a ingressar na cena homossexual brasileira, exigindo seu espaço. Nos anos seguintes, o *entendido* e o *gay* surgiram como designações homossexuais que, geralmente, se referiam apenas ao objeto de desejo afetivo-sexual do sujeito, sem qualquer relação necessária com a feminilidade. Passou-se a encarar os papéis sexuais e de gênero do mundo gay de uma maneira mais fluida, relativizando-se a rigidez das díades bicha/bofe e passivo/ativo. Não é mais necessário identificar-se com um papel ou outro. É possível ser vários. Certamente, como ensina Green (2000, p. 424), diversos são os fatores que influenciaram essas mudanças, tais como o acesso à informação, a revolução sexual americana no fim dos anos 60, o movimento lésbico e gay internacional, as figuras subversivas presentes na cultura brasileira dos anos 70, como os tropicalistas Caetano e Ney, o grupo cênico Dzi Croquettes e as publicações jornalísticas e literárias que divulgaram e exaltaram as novas identidades homossexuais, consolidando-as. Igualmente característico da nova identidade gay é a auto-afirmação. Homossexuais começaram a declarar publicamente e com orgulho sua identidade, reflexo de uma valorização de sua forma de auto-realização, que gerou como consequência, um aumento de sua auto-estima e de sua auto-aceitação. Para muitos, ser homossexual já não é ser doente ou pecador.

Uma constatação curiosa realizada por Green ao longo de suas análises sobre a apropriação de espaços promovida por homossexuais e transgêneros no carnaval e no cotidiano é a de que os grupos de amigos e demais redes sociais funcionavam como o fundamento de toda a cultura homossexual que se desenvolvia, era onde ela se criava, se perpetuava e adquiria força e meios para se expandir. O “sentimento de comunidade” que ali havia, surgia dos laços de solidariedade que se formavam na reunião de pessoas que compartilham a homossexualidade – e, em alguns casos, a transgeneridade – e, talvez ainda mais importante, as experiências de desrespeito a essas mesmas características que possuem em comum. Nos grupos de amigos, homossexuais e transgêneros encontravam a afetividade e o apoio que não podiam buscar em suas famílias. Essas redes de solidariedade tiveram papel

igualmente importante no surgimento e consolidação do movimento homossexual, como contam Facchini e Simões a partir das experiências do Somos e seu subgrupo de reconhecimento.

Ao longo de toda a exposição sobre a conquista de espaços no carnaval carioca promovida por homossexuais e travestis, Green utiliza apropriadamente termos como “tática” “apropriação”, “invasores” e “conquista”, os quais remetem essa trajetória a uma *luta*; remissão em plena concordância com a lógica da Teoria do Reconhecimento de Honneth, segundo a qual a experiência do desrespeito tem o potencial de instigar conflitos que se desdobram numa luta por reconhecimento. Analogamente ao que ocorria no entrudo, durante o carnaval, afloravam os conflitos entre homossexuais e o universo dominante heteronormativo, por ser o carnaval um momento de encontro entre diferentes grupos, possibilitando a identificação de cada uma das partes envolvidas na “batalha” por reconhecimento: um imaginário popular discriminatório da homossexualidade e rígido quanto aos papéis sexuais e de gênero a serem exercidos por cada membro da sociedade, dotado de um aparato institucional repressor que lhe garante a imposição de sua forma de auto-realização; e a atitude positiva de afirmação e enfrentamento de homossexuais e travestis empunham ou, melhor dizendo, vestem, incorporam suas “armas”: a feminilidade explorada ao máximo e a solidariedade entre rapazes e bonecas, unidas à vontade de serem reconhecidos como portadores do direito de frequentarem quaisquer festas carnavalescas e de organizarem seus próprios festejos, vestidos como bem queiram, e de serem também reconhecidos como sujeitos cuja forma de auto-realização é tão merecedora de estima social como qualquer outra, podendo contribuir de modo inegavelmente valioso à sociedade.

Além do carnaval, um dos principais espaços conquistados pelos homossexuais e transgêneros brasileiros foi a imprensa. Tanto Green como Facchini e Simões (2009, p. 13) consideram como marco da organização politizada do movimento de gays e lésbicas as publicações impressas produzidas pelos próprios grupos que iniciavam uma movimentação aproveitando-se do contexto sócio-político existente na sociedade brasileira. Facchini e Simões (2009, p. 111) reconhecem no *Lampião* um elo de comunicação que possibilitava a grupos que estivessem fora das grandes capitais Rio e São Paulo reconhecerem-se como parte de um movimento que transcendia seu espaço geográfico local ou regional e se informarem sobre o que acontecia pelo Brasil. Pode-se entender que este é o contexto político exigido por Honneth enquanto requisito para o surgimento de um movimento social de luta por reconhecimento de um grupo cuja forma de auto-realização vinha sendo depreciada e seus

direitos, desrespeitados. A década de 70 forneceu a todos os movimentos sociais brasileiros uma imensidão de idéias e doutrinas que estimulavam a busca pelo reconhecimento e respeito das diferenças de grupos historicamente oprimidos, como as mulheres e negros, além de homossexuais. Igualmente, os movimentos sociais e movimentações de outros países serviam como fonte inspiradora dos brasileiros que ansiavam por organizarem-se em defesa de seus iguais. Green acertou ao enfatizar a passeata de junho de 1980 como o marco de consolidação do movimento social organizado de gays e lésbicas. O protesto ocorreu não pela defesa de meros interesses de cada um dos participantes, mas pelo sentimento de injustiça diante do absurdo desrespeito sofrido por homossexuais, prostitutas, michês e travestis no mês anterior. Todos estavam ali conscientes de que a atitude desrespeitosa cometida pela polícia não se referia apenas às vítimas diretas das detenções arbitrárias, mas a todo e qualquer homossexual, travesti ou transexual brasileiro. Por isso, valia a pena esquecer as divergências que despontavam no início da história do movimento organizado em função da luta por reconhecimento de afetos, direitos e de estima social a lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais brasileiros. A luta, então, era visível, não apenas no carnaval, mas além. Desde os anos 80, o movimento vem se organizando de forma institucional e ela vem se fazendo presente em instituições estatais estratégicas e relevantes, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A seguir, no terceiro e último capítulo desta dissertação, discutiremos a demanda por reconhecimento da união homoafetiva e sua aceitação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

CAPÍTULO 3

Como vimos no Capítulo 1, Honneth identifica uma crise metodológica nos estudos filosófico-sociais contemporâneos, surgida com a conscientização de que o paradigma marxista de crítica focado no proletariado e na estrutura do trabalho social não seriam suficientes para cumprir com o projeto de buscar na realidade potenciais normativos que possibilitem a mudança dessa mesma realidade. Vimos também que Honneth propõe como alternativa a esse paradigma o foco no vocabulário moral do reconhecimento explicitado em experiências de desrespeito, o qual restituiria à filosofia social a capacidade de revelar potenciais normativos inscritos na realidade, uma vez que revelariam a contestação à legitimidade de padrões injustos de reconhecimento instituídos na realidade. Por sua vez, essa contestação pode se dar por meio de lutas por reconhecimento promovidas pelas pessoas e grupos que se sentiram injustiçados, que apresentariam dois tipos de demandas: (i) pela efetivação de um excedente de validade ainda não realizado das esferas de reconhecimento, ou (ii) pelo questionamento dos limites que separam as esferas. Para que sejam consideradas como direcionadas a um progresso ético e moral, tais demandas podem se apresentar em dois sentidos: (i) se possibilitarem um aumento das possibilidades para que os indivíduos se relacionem e articulem as esferas de sua personalidade, ou (ii) se possibilitarem a inclusão social de sujeitos que antes não eram compreendidos como componentes plenos da sociedade.

Como pudemos perceber ao interpretarmos as esferas de reconhecimento em operação na realidade brasileira das homossexualidades e ao identificarmos as várias experiências de desrespeito e lutas por reconhecimento por elas geradas, as demandas expressas publicamente pelo movimento social LGBT não se apresentam num sentido indiscutivelmente progressista (no sentido de progresso moral definido por Honneth). Na verdade, tais demandas podem esconder processos de invisibilização de sujeitos cujos questionamentos não lograram o espaço público das ruas e do Estado. A Tabela 03 a seguir apresenta de forma concisa as demandas por justiça/reconhecimento identificadas no capítulo anterior, analisadas segundo os critérios definidos por Honneth. As demandas não foram separadas segundo as esferas de reconhecimento a que se referem, pois, como reconhecido pelo próprio Honneth, ao contrário do que apresenta didaticamente a teoria, as esferas do amor, do direito e da estima social operam na realidade de forma indistinta e as demandas por reconhecimento tampouco se referem a apenas uma única esfera.

Tabela 03 – Análise das demandas por reconhecimento segundo critérios de progresso definidos por Honneth

Conteúdo das expectativas de reconhecimento	Tipo de demanda	Cumprimento dos critérios de progresso
Valorização da manifestação de feminilidade em homossexuais, travestis, transexuais e outros.	Trata-se de uma demanda por efetivação de potencial não realizado de igualdade em relação à masculinidade, no que diz respeito à atribuição de valores às diferentes formas de expressão do gênero, bem como pelo reconhecimento de particularidades que contribuiriam para que os demandantes pudessem se realizar de forma plena.	Ao mesmo tempo em que se apresenta como demanda pelo reconhecimento de uma esfera da personalidade como valorosa, apela para a expansão da compreensão de novos sujeitos como membros plenos da sociedade.
Conquista de espaço no carnaval e em outras festividades.	Trata-se de uma demanda por efetivação de potencial não realizado de igualdade em relação àqueles que podiam frequentar as festividades, bem como pelo reconhecimento de particularidades que contribuiriam para que os demandantes pudessem se realizar de forma plena.	Idem.
Despatologização das homossexualidades.	Trata-se de uma demanda por efetivação de potencial não realizado de igualdade em relação a heterossexuais, bem como pelo reconhecimento de autonomia moral, deixando de ser tratados como seres imorais.	Idem.
Reconhecimento da capacidade de estabelecer relações afetivas.	Trata-se de uma demanda por efetivação de potencial não realizado de igual capacidade de se relacionar afetivamente em relação a heterossexuais.	Idem.
Ampliação das identidades e formas de expressão das sexualidades e gêneros não-heteronormativos.	Trata-se de demanda por efetivação de potencial não realizado de igual liberdade para expressão de peculiaridades, bem como pelo reconhecimento de particularidades que contribuiriam para que os demandantes pudessem se realizar de forma plena.	Idem.
Conquista de espaço em zonas urbanas nobres.	Trata-se de demanda por efetivação de potencial não realizado de reconhecimento do mérito em seu desempenho individual como detentores de recursos materiais, bem como por expansão da igualdade de direitos de usufruir da cidade.	Idem.
Conquista de espaço na imprensa.	Trata-se de demanda por efetivação de potencial não realizado de reconhecimento quanto ao direito de se expressar em veículo de imprensa, bem como por autonomia moral para participação na formação da vontade coletiva, uma vez que se pretendia influenciar a formação de opinião de uma quantidade indeterminada de pessoas por meio da veiculação não apenas do cotidiano de LGBT, mas de idéias positivas sobre as homossexualidades e de denúncias de violações cometidas.	Idem.
Reconhecimento como consumidores.	Trata-se de demanda por efetivação de potencial não realizado de reconhecimento do mérito em seu desempenho individual como detentores de recursos materiais.	Idem. Cabe ressaltar que esta demanda também gera exclusões segundo o colocado pela ordem capitalista. No entanto, deve-se reconhecer também que o consumo é esfera de realização pessoal que

Conteúdo das expectativas de reconhecimento	Tipo de demanda	Cumprimento dos critérios de progresso
Institucionalização dos grupos LGBT na forma de movimento social identitário.	Trata-se de demanda por efetivação de potencial não realizado de reconhecimento do igual direito de se institucionalizar, como fizeram outros grupos identitários, bem como do reconhecimento enquanto pessoas moralmente autônomas a contribuir em no debate público.	possui grande legitimidade na sociedade e, por isso, não pode deixar de ser mencionada. Nesse caso, inclui-se determinados grupos identitários, sob o risco de que venham a excluir aqueles que não se adequam à identidade que se pretende representar.
Institucionalização da proibição de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.	Trata-se de demanda por efetivação de potencial não realizado de igualdade, bem como por expansão dos limites institucionais da esfera do direito para se assegurar um mínimo de estima social.	Esta demanda possui alto potencial inclusivo e libertário para a realização de esferas da personalidade, desde que os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero sejam abertos o suficiente. Por sua vez, a criminalização da discriminação possui alto potencial excludente e impeditivo da realização de esferas da personalidade ao privar de liberdade aqueles que forem condenados.
Institucionalização de políticas públicas específicas	Trata-se de demanda por expansão dos limites institucionais da esfera do direito para se assegurar um mínimo de estima social às especificidades da população LGBT.	Novamente, embora haja potencial de cumprimento dos dois critérios de inclusão e ampliação das possibilidades de realização das esferas da personalidade, a atuação institucionalizada segundo a política de identidades pode gerar exclusões.
Prevenção ao HIV/Aids e combate à discriminação e violência disseminadas contra os portadores do vírus.	Por meio dessa demanda, expande-se uma idéia de vulnerabilidade que já não se restringe a grupos identitários e, em razão das condições em que se deram as experiências de desrespeito, exige a efetivação de potenciais não realizados de todas as esferas de reconhecimento, ao mesmo tempo em que se exige que elas sejam garantidas pelo direito, expandindo seus limites institucionais.	Como a demanda apresentada possui como referencial um fenômeno que atinge a todos indiscriminadamente e não se fecha em grupos identitários, ela apresenta alto potencial inclusivo e possibilita a articulação e expansão de inúmeras esferas da personalidade.

Neste último capítulo, empreenderemos uma análise categorial do conteúdo presente no acórdão referente à ADPF 132 e à ADI 4277, por meio do qual se reconheceu o direito à *união homoafetiva*. Quando Honneth se refere ao reconhecimento pelo direito, deve-se ter em mente que o reconhecimento formal de um direito subjetivo é apenas uma de suas facetas e que há uma outra, de mesma relevância, que é o reconhecimento da imputabilidade ou autonomia moral, isto é, da possibilidade de participação em decisões na arena pública. Considerando as observações contidas na Tabela 03, podemos verificar na história recente das homossexualidades no Brasil o quanto é recorrente o desejo de LGBT por reconhecimento de

direitos subjetivos e, especialmente, o desejo de que sejam reconhecidos como moralmente autônomos, bem como tem acontecido com frequência que as demandas colocadas com recortes identitários apresentam um viés inclusivo e, ao mesmo tempo, excludente. Levando em consideração as demandas por LGBT na Tabela 03, avaliaremos a qualidade do reconhecimento realizado pelo STF, especialmente mediante dois aspectos: (i) pela presença (ou ausência) de discursos progressistas ou retrógrados sobre as homossexualidades (segundo o estabelecido na Tabela 03) nos votos dos Ministros do STF; e (ii) pelo quão aberta (ou restritiva) é a definição de *união homoafetiva* cunhada pelo STF, isto é, se a chamada *homoafetividade* é um termo aberto o suficiente para abranger inúmeras formas de relacionamentos, ou se é normativa, fixando uma única possibilidade de relacionamento como legítima. Dessa forma, entendemos que será possível compreender de que maneira se deu o reconhecimento da união homoafetiva, bem como quais sujeitos e formas de vivência do afeto e da sexualidade foram reconhecidos nesse julgamento e quais foram excluídas.

A seguir, apresentaremos uma breve explanação sobre os antecedentes do referido julgamento, uma apresentação da metodologia da análise de conteúdo de Laurence Bardin, bem como uma descrição sobre o documento a ser explorado e, logo em seguida, realizaremos a análise proposta.

3.1 Breve histórico sobre a demanda por reconhecimento jurídico da união entre homossexuais

Muito antes de se acionar o STF para discutir o reconhecimento da união estável entre homossexuais, outras ações já haviam sido tomadas de forma a apresentar essa demanda em âmbito público. Em 1995, a então Deputada Federal pelo Partido dos Trabalhadores de São Paulo, Marta Suplicy propôs o Projeto de Lei nº 1.151/95, por meio do qual se reconheceria uma forma de união civil entre homossexuais constituída por vínculos afetivos. Facchini e Simões (2009, p. 154) destacam que, embora a redação do projeto tenha sido feita de maneira a tentar se distanciar de qualquer associação à união estável e ao casamento com o propósito de evitar represálias, ela passou por diversas modificações dentro da Câmara dos Deputados que substituíram o termo *união* por *parceria*, retiraram menções a vínculos afetivos como necessários à constituição da união que se pretendia reconhecer e vetaram qualquer possibilidade de adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes pelos *parceiros*, reduzindo a *parceria* à mera necessidade de se assegurar o patrimônio construído pelos parceiros.

A resistência no Poder Legislativo em reconhecer a união civil entre homossexuais não impediu que o Poder Judiciário pudesse avançar. A então Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias é um exemplo disso, ao atuar decisivamente para que o Judiciário de seu Estado proferisse decisões que reconhecessem um vínculo afetivo nas relações entre homossexuais. A ela se costuma atribuir a responsabilidade por haver cunhado o termo *união homoafetiva*, justamente para destacar a possibilidade de existência de afeto na relação entre homossexuais:

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA.

Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança.

A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.

Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, 2003a)

UNIÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS.

Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. (RIO GRANDE DO SUL, 2003b)

Embora alguns Tribunais pelo Brasil viessem adotando o posicionamento de se reconhecer a união estável entre homossexuais, inclusive por meio da existência de vínculos afetivos, muitos ainda permaneciam resistentes em reconhecê-la, gerando uma série de restrições discriminatórias de acesso a direitos. Assim, em 27 de fevereiro de 2008, o então Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral apresentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o STF, sob a alegação de que o Tribunal de Justiça Estadual do Rio de Janeiro estaria violando direitos de casais homossexuais ao proferir decisões que tomam como fundamento uma interpretação restritiva e discriminatória de dispositivos normativos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975) referentes a direitos de cônjuges e familiares dos servidores estaduais (RIO DE JANEIRO, 2008. No mesmo sentido, ressaltam MACHADO et alii, 2008, p. 66).

Também motivada pela série de violações a direitos decorrentes do não-reconhecimento da união estável entre homossexuais, em 02 de julho de 2009, a então Procuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira também

apresentou ADPF perante o STF, posteriormente convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), uma vez que seu objetivo é o de se interpretar o art. 1723 do Código Civil¹⁷ segundo preceito constitucional de igualdade e não-discriminação (BRASIL, 2011, p. 2074-2075). Assim, segundo o pedido da Procuradora, a união estável regulada pelo referido dispositivo do Código Civil deveria ser reconhecida também a homossexuais (BRASIL, 2009). Sendo assim, pelo fato de possuírem o mesmo objetivo, a ADPF 132 e a ADI 4277 foram julgadas em conjunto, conforme decisão do Ministro Relator Ayres Britto (BRASIL, 2011, p. 2075).

Ao longo dos trâmites de ambas as ações, diversas organizações públicas e da sociedade civil ingressaram no processo como *amicus curiae*, isto é, como terceiros interessados que apresentaram informações relevantes ao andamento do processo e à tomada de decisão dos ministros. Além da relevância das informações apresentadas, avalia-se também a representatividade das instituições postulantes.¹⁸ Assim, supostamente, todas as instituições aceitas como *amicus curiae* são representativas de algum segmento populacional. No entanto, tem-se discutido se, de fato, os Ministros levam em consideração aquilo que é argumentado pelas entidades que se apresentam como *amicus curiae* (ALMEIDA, 2012). Sendo assim, não

¹⁷ O art. 1.723 estabelece os critérios para o reconhecimento da união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.” Os demais artigos estabelecem direitos e deveres àqueles que estiverem em união estável: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” (BRASIL, 2002).

¹⁸ Artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999: “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” (BRASIL, 1999). Sendo assim, o Ministro Relator deve analisar em decisão irrecorrível os critérios de relevância da matéria sob análise do STF e de representatividade dos postulantes a *amicus curiae*. Segundo Almeida (2012), ambos os critérios não têm uma definição precisa, apresentando diferentes significados em cada caso, mas, geralmente, podem ser definidos da seguinte forma: a relevância da matéria define-se pelo seu caráter de gerar repercussões generalizadas à sociedade, que não sejam restritas às partes envolvidas no caso em julgamento, como é o caso da união homoafetiva. Já a representatividade do postulante é interpretada pelo STF segundo a “pertinência de sua atividade, de sua missão institucional, com o objeto tratado na ação direta” (ALMEIDA, 2012). Admitidos os postulantes, são apresentados memoriais e documentos que fundamentem os argumentos por eles defendidos e, na data de realização do julgamento da ação, os *amici curiae* são convidados ao STF para realizar a sustentação oral destes argumentos.

se sabe se, verdade, os Ministros formam sua opinião independentemente daquilo que argumentam os *amici curiae*. Embora esse questionamento seja relevante, deve ser objeto de investigação de um outro trabalho. No momento, o propósito deste texto é o de discutir o acórdão, isto é, a decisão final do STF que contém o conjunto de votos dos nove Ministros¹⁹ e suas respectivas fundamentações que os levaram a reconhecer por unanimidade o direito à união homoafetiva. Assim, em seguida, apresentamos o método de análise de conteúdo desenvolvido por Laurence Bardin, que adotamos para realizar a investigação proposta.

3.2 A análise de conteúdo

Laurence Bardin define a análise de conteúdo como

[u]m conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessa mensagem. (BARDIN, 1977, p. 42)

Podemos perceber que a análise de conteúdo configura-se num método de análise de registros (em texto, imagem e som) em que haja comunicação de mensagens, com os objetivos de se realizar uma interpretação rigorosa – o mais próximo possível da certeza – daquilo que é comunicado e, ao mesmo tempo, enriquecida, por ser baseada em elementos que estão além daquilo que está explícito na mensagem, como o que Bardin chama de *condições de produção/recepção* inferidas de uma leitura atenta e minuciosa.

Para atingir os referidos objetivos, análise de conteúdo deve ser feita mediante a aplicação de duas técnicas principais: a *descrição analítica* e a *inferência*. A primeira consiste em “procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens” (BARDIN, 1977, p. 34). Isso é feito por meio da categorização da mensagem que se deseja analisar, isto é, de sua fragmentação segundo critérios de classificação, que, por sua vez, são estabelecidos segundo o que se espera encontrar na mensagem sob análise (BARDIN, 1977, p.

¹⁹ Observamos que o Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de julgar as ações, uma vez que, previamente a sua nomeação ao STF, já havia se manifestado sobre seu objeto (BRASIL, 2011, p. 2109). Ressalto que sua manifestação fora favorável ao reconhecimento da união homoafetiva. A Ministra Ellen Gracie havia participado do julgamento, tendo sido a sétima Ministra a votar, também favoravelmente ao reconhecimento da união estável homoafetiva. No entanto, segundo informação fornecida pela Central do Cidadão do STF, seu voto foi cancelado pela própria Ministra e, por isso, não está disponível. Por essa razão, este texto trabalhará apenas com nove dos dez votos proferidos.

37). A inferência tem o objetivo de identificar o que levou a mensagem a ser produzida da forma como o foi, bem como as consequências ou efeitos produzidos por ela. A inferência opera de forma a se buscar “conhecimentos relativos às condições de produção (ou, eventualmente, de recepção)” (BARDIN, 1977, p. 38), recorrendo-se a indicadores quantitativos ou qualitativos. Sendo assim, a análise de conteúdo surge de uma relação estabelecida entre a superfície textual – ou a mensagem explícita – e os fatores que condicionaram a produção do texto como ele se apresenta, sendo que tais condições são inferidas do próprio texto a partir de uma análise que, para nossos propósitos, é categorial (BARDIN, 1977, p. 40-41). Por isso, ao contrário do que alegam Rocha e Deusdará (2005, p. 308-314), aquele que vai aplicar a análise de conteúdo não toma o documento analisado como um dado da realidade, mas como algo construído em condições sociais, culturais, políticas, psíquicas e outras. É dessa forma que o documento analisado neste texto é encarado, como uma construção que, supomos, foi condicionada pelas demandas por reconhecimento de LGBT identificadas em sua história anteriormente exposta. Para avaliarmos essa possibilidade, optamos por realizar uma análise qualitativa, que investiga a presença ou ausência de determinadas palavras, expressões, conceitos e idéias no documento, diferentemente da abordagem quantitativa, que se fia na frequência de aparecimento de determinados fatores no documento sob análise (BARDIN, 1977, p. 114-115).

Importa ainda ressaltar que Bardin (1977, p. 95-102) apresenta que a análise de conteúdo efetiva-se por meio de três diferentes fases: a pré-análise, em que se realiza o que Bardin chama de *leitura flutuante* – que é uma leitura prévia do potencial *corpus* de documentos da pesquisa –, a escolha dos documentos a serem analisados, os quais são submetidos a uma leitura mais minuciosa e, a partir daí, são elaboradas hipóteses, estabelecidos os objetivos e são construídas as categorias de análise; a exploração do material, que consiste na aplicação das técnicas de análise, tal como a efetiva categorização de todo o documento; e, por fim, o tratamento dos resultados obtidos, por meio de sua interpretação e inferência das condições de produção da mensagem.

Assim, após essa exposição sobre o método de análise adotado neste texto, a seguir, apresentamos as etapas de preparação para a investigação e a análise propriamente dita.

3.3 A análise do acórdão da ADPF 132

O objetivo desta dissertação é, à luz dos conceitos e idéias contidos na Teoria do

Reconhecimento de Axel Honneth, promover uma análise do julgamento no qual o STF reconheceu a união homoafetiva. Para tanto, nos deparamos com diversos documentos no sítio eletrônico do STF²⁰, como despachos do Ministro Relator, manifestações de entidades públicas e da sociedade civil, os memoriais dos *amici curiae* e o acórdão do julgamento. Trata-se de um *corpus* documental excessivamente extenso e apenas parte dele atenderia nosso propósito de discutir como o STF reconheceu a união homoafetiva, quais são os contornos e limites desse reconhecimento. Os despachos do Ministro Relator e manifestações de entidades públicas e da sociedade civil não trazem qualquer conteúdo relevante para nossa proposta. Já os memoriais dos *amici curiae*, embora figurem como um interessante material por conter manifestações de entidades da sociedade civil, não responderiam nossas perguntas, pois são manifestações de interessados em defender o seu ponto de vista e influenciar o STF para tanto. Tais documentos seriam interessantes, por exemplo, para uma pesquisa que tivesse o objetivo de investigar a influência dos *amici curiae* na tomada de decisão dos Ministros, o que exigiria o desenvolvimento e aplicação de uma metodologia para tanto, algo que foge aos nossos propósitos. Sendo assim, interessa-nos o resultado final do julgamento, a manifestação de todos os Ministros que participaram do julgamento e definiram o que seria a união homoafetiva, que está contida no acórdão do julgamento, documento que contempla um resumo com a deliberação sobre cada ponto tratado e os votos e manifestações específicas de cada Ministro, nos quais eles expressam seus argumentos e apresentam seus fundamentos.

Após uma leitura de todo o acórdão da ADPF 132²¹ e, numa tentativa de articular os principais argumentos levantados pelos Ministros com as informações contidas nas Tabelas 02 e 03 sobre as experiências de desrespeito a LGBT institucionalizadas no Brasil e as demandas por reconhecimento delas decorrentes, chegamos à formulação de sete categorias que orientarão nossa análise, as quais estão devidamente justificadas a seguir:

a) Metodologia de interpretação do texto constitucional e de regulação da realidade a ser adotada pelo STF e sua justificativa

A inserção de uma categoria que avalie as discussões em torno da metodologia interpretativa e regulatória a ser adotada pelo STF justifica-se em razão de se estar diante de um debate que pode tender a uma atuação mais restritiva do Tribunal, de forma a realizar

²⁰ www.stf.jus.br.

²¹ Considerando que a ADI 4277 foi julgada conjuntamente à ADPF 132, a partir de agora, nos referiremos apenas à ADPF 132, entendendo que as decisões tomadas referem-se a ambas as ações.

interpretações pouco permeáveis às demandas sociais, ou a uma atuação mais propositiva e aberta à recepção de mudanças e demandas surgidas na realidade fora do âmbito jurídico. Como pudemos ver na análise realizada das experiências históricas de desrespeito às homossexualidades no Brasil, a impermeabilidade de instituições aos desejos e outras manifestações colocados por LGBT é recorrente e gera uma série de exclusões. O mesmo acontece, inclusive, com o movimento LGBT institucionalizado segundo a política de identidades, que se cristaliza em determinadas formas de *ser* LGBT e se torna resistente às mudanças que ocorrem no contexto daqueles que pretendem representar. Assim, é necessário diagnosticarmos de que maneira o STF se posiciona sobre sua forma de atuação, pois essa escolha vai orientar todos os debates a serem travados e a decisão a ser tomada. Como a ementa do acórdão não traz nenhum argumento relevante a esta categoria, passamos diretamente aos votos.

b) Normatização de identidades e comportamentos

Assim como a normatização de comportamentos e identidades segundo o padrão heteronormativo provoca consequências excludentes àqueles que não se adequam à norma, a normatização de comportamentos não-heterossexuais também resulta em exclusões, pois é uma forma reducionista de se tratar a realidade, que tenta cristalizá-la, ignorando sua dinamicidade. Como visto na análise da história recente das homossexualidades no Brasil, a institucionalização das organizações de homossexuais em um movimento social geraram inúmeros conflitos em relação ao que deveria ser entendido por homossexualidade, bem como à delimitação de demandas e identidades a serem encampadas pelo movimento. Apenas após anos de lutas, o movimento deixou de se caracterizar apenas como homossexual e passou a ser LGBT. Mesmo hoje, há inúmeros conflitos sobre identidades e comportamentos não-heteronormativos ainda não encampados. Por essa razão, é importante analisarmos se os Ministros adotam esse método normatizador – ou normalizador – de comportamentos e identidades ao discutirem o reconhecimento da união homoafetiva e, em caso afirmativo, como isso pode repercutir no que diz respeito ao caráter inclusivo da decisão do STF.

c) Heterossexualidade como norma compulsória em relação a comportamentos e desejos

Como sugerido nos capítulos precedentes, estamos inseridos num contexto de predominância da heteronormatividade, que coloca a heterossexualidade como

hierarquicamente superior a outras manifestações do desejo sexual e de manifestação de gênero. Assim, sujeitos que se adequem e se comportem conforme a norma heterossexual têm muito mais chances de serem socialmente estimados. Em alguma medida, o contexto heteronormativo afeta todas as esferas de reconhecimento identificadas por Honneth. A Tabela 03 é bastante exemplificativa de como a heterossexualidade se coloca como normal e hierarquicamente superior em relação às expressões das homossexualidades, de forma a se negar reconhecimento afetivo, jurídico e de estima social a LGBT. Portanto, faz-se relevante identificar e analisar se e de que forma os Ministros diagnosticam a heterossexualidade operando enquanto norma excludente e discriminatória, bem como o que eles dizem a esse respeito. Embora a ementa do acórdão não aborde diretamente o assunto, os votos o fazem.

d) Direito de participação em discussões públicas

A categoria referente aos argumentos e posicionamentos que discutem a inclusão de LGBT em discussões públicas – tais como o próprio julgamento da ADPF 132 e ADI 4277 – envolve, pelos menos, a articulação das esferas de reconhecimento do direito e da estima social, uma vez que a situação institucionalizada de desrespeito excludente do debate público baseia-se tanto numa percepção generalizada de uma suposta degenerescência moral e patológica constitutiva de homossexuais, como de um contexto heteronormativo que permite e reforça essa situação especialmente em relação a pessoas cujo comportamento não se adequa ao padrão heterossexual. Sendo assim, as demandas que surgem dessa situação apresentam-se no desejo de homossexuais de serem reconhecidos como moralmente autônomos e merecedores de igual estima.

e) Reconhecimento de afeto como constitutivo de relações homossexuais, sejam elas familiares ou não

Ao pensarmos de forma articulada as Tabelas 02 e 03 anteriormente mencionadas, no que diz respeito ao reconhecimento pelo afeto ou amor, podemos encontrar no Brasil duas formas de desrespeito institucionalizadas e dirigidas às homossexualidades, que se manifestam: por meio do controle sobre o corpo e sua patologização, degeneração e correspondente violação física por meio de agressões físicas e verbais e cometimento de homicídios; e pela institucionalização de uma visão meramente biológica e patológica do homossexual como um corpo que busca apenas satisfação sexual, em que o afeto (enquanto componente humano) está ausente. Por sua vez, as demandas por reconhecimento decorrentes

dessas formas de desrespeito manifestam-se tanto por meio de um desejo de despatologização das homossexualidades – que passa também pelo desejo de que elas não se reduzam a um biologismo sexual –, como pelo desejo de reconhecimento da capacidade de estabelecer relações afetivas, que se trata de uma demanda por efetivação de potencial não realizado de igual capacidade – em relação a heterossexuais – de se relacionar afetivamente, seja para a constituição de um casamento ou união, seja para a constituição de uma família.

f) Princípio de igualdade e não-discriminação

As Tabelas 02 e 03 nos fornecem a informação de que noções de igualdade permeiam quase todas as demandas por reconhecimento levantadas por LGBT, fato que não é de se estranhar, uma vez que Honneth já nos havia alertado que a esfera do direito – onde se encontra o princípio de igualdade – vem se expandindo de forma a atravessar e fundamentar diversas demandas por reconhecimento. No Brasil, a desigualdade e a discriminação institucionalizadas contra LGBT manifestam-se especialmente pela pressuposição de que as homossexualidades são manifestações de imoralidade e degenerescência. Assim, toma-se como ilegítimas a manifestação pública do que se considerar como traços de homossexualidades (especialmente se efeminados) e as demandas por direitos das pessoas que assim se identificam. Novamente, a demanda por reconhecimento daí decorrente passa por uma despatologização moral das homossexualidades, para que deixem de ser consideradas moralmente degradadas e desvalorizadas e, por conseguinte, que se elimine a discriminação por orientação sexual e se reconheçam a LGBT e heterossexuais os mesmos direitos, sem distinções arbitrárias.

g) Reconhecimento do direito de auto-realização pessoal e autonomia para escolha e realização de projetos de vida, incluindo-se o exercício autônomo da sexualidade

A construção e análise dessa categoria exige a mobilização de duas esferas de reconhecimento: a do direito e a da estima social, pois se trata da expansão da primeira com o intuito de se assegurar um mínimo da outra num contexto de desrespeito institucionalizado caracterizado como heteronormativo. A demanda que essa situação desrespeitosa provoca manifesta-se não apenas por um desejo de igualdade em relação a heterossexuais, mas também pelo reconhecimento de autonomia moral e igual liberdade para expressão de peculiaridades, bem como pelo reconhecimento de particularidades que contribuiriam para que os demandantes pudessem se realizar de forma plena.

Com o intuito de facilitar a compreensão da análise realizada em um documento com a extensão do acórdão da ADPF 132 (que, enquanto documento parte de um processo, está numerado da página 2065 à página 2338), podemos dividi-lo em: apresentação das partes e dos *amici curiae* envolvidos (p. 2065-2067); Relatório do Ministro Relator Ayres Britto, no qual ele expõe brevemente o histórico dos trâmites referentes à ação (p. 2067-2075); voto do Ministro Relator (p. 2076-2107); extrato de ata do primeiro dia de julgamento, em que foi proferido o voto do Ministro Relator (p. 2108-2109); voto do Ministro Luiz Fux (p. 2110-2133); aditamento ao voto do Ministro Luiz Fux (p. 2134-2144); antecipação ao voto da Ministra Carmen Lúcia (p. 2145); voto da Ministra Carmen Lúcia (p. 2146-2155); explicação do Ministro Gilmar Mendes (p. 2156-2157); antecipação ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski (p. 2158); voto do Ministro Ricardo Lewandowski (p. 2159-2155); debate entre os Ministros (p. 2171-2173); voto do Ministro Joaquim Barbosa (p. 2174-2178); voto do Ministro Gilmar Mendes, dividido em um debate (p. 2179-2201) e no voto propriamente dito (p. 2202-2257); antecipação ao voto do Ministro Marco Aurélio (p. 2258); voto do Ministro Marco Aurélio (p. 2259-2273); voto do Ministro Celso de Mello (p. 2274-2323); voto do Ministro Cezar Peluso (p. 2324-2328); debate entre Ministros (p. 2329); extrato de ata do segundo e último dia de julgamento, em que foram proferidos os votos posteriores ao do Ministro Relator (p. 2330-2332); e, finalmente, a ementa, que contém a parte dispositiva do acórdão, em que se profere a decisão final, conclusiva dos votos proferidos pelos Ministros (p. 2333-2338).

Para nossos propósitos, interessam apenas as partes do acórdão em que os Ministros realizam pronunciamentos, como em seus votos, aditamentos e debates, bem como a ementa. Assim, apenas esses trechos serão analisados. Para facilitar a visualização do trecho analisado, bem como a qual categoria pertence e qual o conteúdo se pode extrair da análise, todas as partes pertinentes do acórdão foram categorizadas e divididas em tabelas que se encontram no anexo a este texto. Cada tabela está nomeada com a categoria a que pertence e está segmentada em duas colunas: uma que contém o “trecho destacado” e outra que contém a “análise” referente a esse trecho. Ainda, as tabelas estão divididas segundo o Ministro a quem pertence(m) o(s) trecho(s) analisado(s). Quando o Ministro em questão não realiza nenhum pronunciamento que seja relevante a uma determinada categoria, seu respectivo espaço na tabela é preenchido com a observação pertinente a esta ausência. Certamente, já esperamos que um mesmo trecho possa trazer elementos de mais de uma categoria, uma vez que as

esferas de reconhecimento não operam na realidade de maneira compartimentada, mas se confundem. Assim, quando isso ocorrer, o mesmo trecho de texto estará presente em quantas categorias a ele correspondam. Quanto à ementa do acórdão, uma vez que ela não pertence a um Ministro, mas se apresenta como expressão do que foi acordado entre todos os Ministros participantes do julgamento, decidimos analisá-la nas subseções (nomeadas segundo a categoria respectiva) a seguir, que contêm também uma análise mais sistematizada do que foi disposto nas tabelas do anexo.

3.3.1 Metodologia de interpretação do texto constitucional e de regulação da realidade a ser adotada pelo STF e sua justificativa

Inicialmente, o Ministro Ayres Britto reconhece que muitos dos julgamentos realizados sobre as uniões homoafetivas possuem alta carga subjetiva dos próprios julgadores. Assim, haveria necessidade de regulação jurídica da união homoafetiva para que ela possua critérios objetivos. Trata-se de uma tentativa de generalização de uma idéia de igualdade quanto à forma de *homoafetivos* se expressarem e se relacionarem. Na verdade, a objetividade e impessoalidade do direito traz uma concepção de subjetividade particular e concreta tornada geral e abstrata. Esse é exatamente o método de análise da realidade criticado por Honneth (como exposto no Capítulo 1), pois elimina a possibilidade de articulação de outras subjetividades e sujeitos. Além dessa situação de insegurança jurídica gerada pela ausência de regulação da união homoafetiva, o Ministro ressalta como justificativa para a atuação do STF a função do Estado de regulação jurídica da privacidade e intimidade dos sujeitos. Trata-se de uma regulação pela omissão, pela conduta de não impedir o exercício da sexualidade em âmbito íntimo e privado. Por outro lado, o Estado deve agir positivamente para assegurar a todos esse exercício. A atuação do Estado seria restritiva apenas quando o exercício da sexualidade de uma pessoa anule a do outro. Assim, Ayres Britto coloca como ilícitas quatro formas de exercício da sexualidade: o estupro, a pedofilia, o incesto e o concubinato. O Estado não poderia permitir essas formas de expressão, pois elas invadiriam a autonomia do outro, de modo a negá-la, mas o Ministro não se estende em seus argumentos para justificar essa proibição.

Quanto à forma de interpretação do texto constitucional referente à união estável, Ayres Britto entra num debate com Gilmar Mendes e defende que ele não deve ser interpretado em sua literalidade, devendo ser entendido para além do que está textualmente explícito. O

que fundamenta essa interpretação que supera a literalidade é a aplicação conjunta de princípios de igualdade, liberdade e dignidade, por exemplo, sobre os quais Ayres Britto se pronuncia ao longo de seu voto.

Por entender estar diante de violação de um direito fundamental, como o de estabelecer união civil estável, o Ministro Luiz Fux procura justificar a conduta do STF por meio de uma obrigação do Estado de agir positivamente para a proteção desse mesmo direito, no sentido de evitar que ele continue sendo violado, não importando se a medida de regulação venha do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. Esse é um direito do indivíduo, exigível perante o Estado, que tem a obrigação de cumpri-lo. Fux ressalta a existência de uma obrigação especial do STF de proteger os direitos fundamentais de minorias, pois elas estariam especialmente vulneráveis às majorias. Essa seria uma função contramajoritária do Tribunal. No julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, a regulação pretendida teria uma repercussão especial e histórica, por se tratar do reconhecimento de violações também históricas cometidas contra homossexuais. Nesse mesmo sentido, Fux defende que o Estado deve assegurar institucionalmente a igualdade, de forma que suas normativas garantam igualdade de oportunidades a todos para que possam seguir com seus projetos pessoais de auto-realização, que os sujeitos sigam livremente em busca de suas realizações de vida.

Num determinado momento de seu voto, o Ministro Luiz Fux sugere uma outra justificativa de atuação do STF ao argumentar que todo fato social é juridicamente relevante e deve ser regulado pelo Direito. Como exemplo disso, ele rememora brevemente o histórico de proteção constitucional da família, identificando uma mudança na Constituição de 1988. Segundo Fux, anteriormente, a Constituição protegia a família definida por seus membros, enquanto após 1988, a família passou a ser protegida em razão de sua função teleológica: a de resguardar os direitos fundamentais de seus componentes, não importa quem sejam.

Entendendo essa forma de atuação do STF como inserida numa política de reconhecimento, Fux afirma que se deve exigir do Estado o reconhecimento jurídico das diferenças que, cultural ou socialmente, são desprezadas. Assim, evidencia-se e valoriza-se aquilo que era invisibilizado e depreciado. O reconhecimento da união homoafetiva colocaria em voga esse tipo de relação tão desprezada e, assim, atenderia ao princípio de segurança jurídica, pois atribuiria certeza e previsibilidade por meio de direitos e deveres institucionalmente garantidos. Portanto, a finalidade de impedir a violação a direito fundamental e a necessidade de regulação jurídica de uma esfera da realidade até então ignorada pelo direito justificam a atuação do STF. Já não cabe dizer que a união homoafetiva

é ato juridicamente irrelevante ou inexistente. No entanto, devemos compreender que esse reconhecimento ainda deixa várias outras formas de relação no limbo, como aquelas estabelecidas entre homossexuais que não cumprem os critérios da união homoafetiva.

A Ministra Cármen Lúcia compreende que o julgamento em questão se trata de etapa de um processo de luta por reconhecimento de um novo direito, pela institucionalização de uma medida jurídica que combaterá a discriminação e a violência dirigidas a *minorias*. Ela afirma entender que se trata de uma conquista, não de uma concessão, como o Ministro Luiz Fux chega a afirmar num determinado ponto de seu voto (ver Tabela 07 no Anexo). Segundo a Ministra, o STF deve agir com seu poder institucional de forma a evitar que direitos fundamentais sejam violados por atos discriminatórios e violentos. Ela demonstra bastante sensibilidade em perceber a dinamicidade, historicidade da vida, que não caberia em conceituações jurídicas. Ao mesmo tempo, ela justifica a atuação do STF em função dessa dinamicidade: o direito é criado para atender às necessidades constantemente cambiantes da vida. Cármen Lúcia segue sua linha de argumentação em defesa da adequação da norma jurídica ao contexto social dizendo que essa adequação deve ser feita de forma interpretativa em relação aos contextos social e normativo – isto é, em relação ao ordenamento jurídico – em que a norma se encontra. Portanto, a Constituição não deve ser interpretada em sua literalidade, mas deve ser adequada à realidade, de onde deve ser retirado o conteúdo dos conceitos.

Sendo assim, podemos deduzir que a Ministra Cármen Lúcia defende um sistema jurídico que esteja aberto a reconhecer as expressões do pluralismo político e social, argumento que estaria presente inclusive no texto constitucional. Cármen Lúcia realiza uma interessante diferenciação entre os âmbitos social e político da realidade, sendo que o pluralismo social é condição para o pluralismo político. Isso nos leva a entender que haveria pluralidade ainda maior de sujeitos não-políticos, que não se expressaram em demandas na arena público-política, algo similar ao que Honneth diz sobre os movimentos sociais não deverem ser o único foco de análise, uma vez que haveria uma série de experiências de desrespeito sofridas por sujeitos não-pertencentes a movimentos sociais.

O Ministro Joaquim Barbosa compreende como papel do STF – neste caso da união homoafetiva – funcionar como um canal de comunicação entre o direito e a sociedade, de forma que as instituições jurídicas possam acompanhar as mudanças sociais. Assim, o Ministro avalia a necessidade de atuação do STF no caso para atender uma demanda de reconhecimento jurídico, de expansão da esfera de reconhecimento do direito de forma a

proteger a relação homoafetiva. Ele identifica que essa é uma demanda colocada pela luta dos grupos homossexuais, que não se restringe apenas ao reconhecimento de estima social às relações homoafetivas, e abrange também a expansão do direito. A partir da identificação dessa demanda, Joaquim Barbosa questiona se o texto constitucional teria a intenção de hostilizar e excluir as relações homossexuais de seu âmbito de proteção. Ele destaca que, a partir de uma interpretação conjunta de outras normas e princípios, deve-se entender que a Constituição de 1988 tem caráter inclusivo e não-discriminatório e, por isso, deve ser interpretada de modo a compreender a inclusão de novos direitos, como o da união estável homoafetiva.

Ao se questionar sobre o método interpretativo a ser adotado pelo STF e sobre a necessidade de atuação do Tribunal, o Ministro Marco Aurélio menciona interessante controvérsia ocorrida na Inglaterra quanto à possibilidade de o direito proteger uma moralidade coletiva predominante na sociedade, ou proteger valores que permitam uma pluralidade de comportamentos sem atribuir predominância ou privilégio a nenhum deles. Em concordância com L. A. Hart, o Ministro defende que a orientação sexual pertence a um âmbito de privacidade livre de intervenções estatais, que a liberdade é valor que não deve ser subestimado em relação a outros e que intervenções estatais na sexualidade de uma pessoa acarretam-lhe danos. Sendo assim, caberia ao Estado – e, portanto, ao STF – proteger esse âmbito de individualidade.

Ainda sobre as relações entre direito e moral, sobre como o direito deve ser interpretado e aplicado em relação à moral, Marco Aurélio diz que o sistema jurídico não pode se submeter a preceitos morais, tampouco deve ser independente deles. O Ministro propõe que haja um diálogo entre direito e moral. Ao realizar esse diagnóstico e essa proposição, ele parece pressupor a possibilidade de separação entre as duas esferas. Entendemos que, na verdade, o que se deve propor é que o direito, sua interpretação e prática não se fundamentem em apenas uma quantidade restrita de valores morais de forma a excluir outros, mas que possibilite a expressão de inúmeros valores.

Aplicando a idéia de não-sobreposição entre direito e moral ao caso em questão, o Ministro compreende que o reconhecimento da união homoafetiva tem sido retardado por influência de uma moral excludente presente no Congresso Nacional, mas que o Judiciário pode promover esse reconhecimento por meio do art. 226 da Constituição de 1988. Na conclusão de sua argumentação, o Ministro ressalta o caráter contramajoritário com o qual direitos fundamentais devem ser interpretados e que deve guiar a atuação do STF, bem como

o método integrativo de interpretação do texto constitucional. Assim, os princípios de igualdade e dignidade são utilizados por Marco Aurélio para equiparar a união homoafetiva à união estável, reconhecendo a ambos os mesmos direitos e deveres. Marco Aurélio posiciona-se contrariamente aos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski ao dizer que não há silêncio eloquente no art. 226, § 3º da Constituição de 1988, argumento utilizado por seus colegas para interpretar o referido dispositivo normativo de forma restritiva. Por fim, Marco Aurélio conclui pelo pleno reconhecimento da união homoafetiva como forma de união estável.

O Ministro Celso de Mello compreende que, diante de uma situação de violação de direitos fundamentais em razão de tratamento discriminatório, a proteção e garantia dos princípios de liberdade, igualdade e não-discriminação apresentam-se como obrigações a serem cumpridas pelo STF, de forma a se procurar garantir uma sociedade democrática. Assim, em concordância com os Ministros precedentes, para Celso de Mello, uma das principais justificativas para que o STF atue num caso como o que está em questão é sua função contramajoritária de proteção de direitos de minorias contra arbitrariedades de maiorias, fato que é fundamento legitimador do Estado Democrático de Direito, coerente com uma concepção *material de democracia constitucional*. Argumentando contra acusações de que o STF estaria adotando uma postura de ativismo judicial ao equiparar a união homoafetiva à união estável, Celso de Mello defende que a omissão do Estado brasileiro quanto à garantia de direitos fundamentais legitima o Tribunal a reconhecer direito fundamental ainda não reconhecido – e, por isso, violado – no ordenamento jurídico nacional. Ele compreende que o STF está numa posição de protagonismo e assim deve agir, por ser também seu dever.

O Ministro Ricardo Lewandowski demonstra optar pela adoção de uma forma restritiva, formalista de interpretação, segundo a qual o STF **não** deve interpretar o texto constitucional para além do que foi explicitamente colocado no dispositivo normativo sob análise, contrariando o que foi colocado por seus colegas. Além disso, a interpretação deve se aproximar ao máximo da vontade do legislador à época da concepção da norma. Sendo assim, ele compreende não ser possível a equiparação entre união estável heterossexual e união homoafetiva. No entanto, Lewandowski demonstra reconhecer a necessidade de se regulamentar a união homoafetiva, por entender ser ela um dado da realidade que não pode passar ignorado pelo sistema jurídico brasileiro. Haveria, portanto, uma lacuna, que deve ser preenchida por analogia ao instituto jurídico que mais se aproxima da união homoafetiva. O Ministro considera que o art. 226 da Constituição de 1988 apresenta apenas um rol

exemplificativo de entidades familiares, e não um rol taxativo, restritivo à possibilidade de reconhecimento de outras entidades familiares. Assim, baseando-se também no princípio de igualdade, Lewandowski afirma que a união homoafetiva é uma entidade familiar como todas as outras, embora possua especificidades. É dessa forma que Lewandowski entende que a união homoafetiva deve ser regulada, pela criação de um instituto jurídico separado, diferente da união estável, embora semelhante. Mas essa regulação deve ser percebida como provisória, que durará apenas até que o Congresso Nacional, em exercício do Poder Legislativo, ofereça a devida regulação à união homoafetiva.

O Ministro Gilmar Mendes justifica a atuação do STF no julgamento da união homoafetiva em razão da obrigação de proteger do Estado, atribuível ao próprio Tribunal, uma vez que ele também teria função representativa e contramajoritária, impedindo que interesses e demandas não acolhidas pelas maiorias legislativas sejam simplesmente desprezadas e que situações de violação permaneçam, como no caso em questão. Não se trataria, portanto, de ativismo judicial, mas de cumprimento das funções institucionais do Tribunal. Embora o Ministro apresente uma compreensão bastante progressista quanto à função do STF, inclusive por reconhecer-lhe um caráter representativo e contramajoritário, sua decisão final é bastante restritiva, possibilitando que discriminações e violações de direitos de homossexuais permaneçam. De qualquer forma, uma vez que o Tribunal foi provocado em razão de omissão do Poder Legislativo, ele deve agir e a resposta deverá ser positiva. No entanto, esse papel de promover uma interpretação positiva da Constituição deve ser encarado como provisório, pois espera-se que o Congresso Nacional legisle sobre a união homoafetiva.

Em vários momentos, Gilmar Mendes demonstra preocupação com o rumo legiferante que o julgamento foi tomando, sob o argumento de que não se estaria prevendo todas as consequências jurídicas da equiparação da união homoafetiva à união estável. Assim, ele se posiciona contra a utilização da chamada *interpretação conforme à Constituição*, uma vez que o art. 1723 do Código Civil seria uma reprodução do art. 226, §3º da Constituição de 1988, não cabendo, portanto, outras possibilidades de interpretação para além da que foi textualmente exposta pelos próprios dispositivos. Caso o STF decida pelo contrário, estaria atuando em função legiferante e, assim, usurpando função específica do Poder Legislativo. Importante ressaltar que o Ministro utiliza trecho de texto de Lenio Streck em que o jurista apresenta argumentos restritivos quanto ao reconhecimento da união homoafetiva, alegando que o art. 226, §3º da Constituição deve ser interpretado de forma restritiva, isto é, de maneira a não permitir outra forma de união estável que não seja estritamente aquela estabelecida entre

homem e mulher, e que o princípio de dignidade não deve ser usado de forma a justificar qualquer atitude do STF no sentido contrário à interpretação restritiva, como se as discriminações arbitrárias a que homossexuais são submetidos e a omissão de diversas instituições estatais quanto à modificação dessa situação não fossem razão suficiente para justificar uma atuação positiva do STF no sentido de reconhecimento da união homoafetiva.

Como solução à controvérsia quanto ao método interpretativo a ser adotado numa sociedade plural, o Ministro Gilmar Mendes propõe que se interprete a Constituição segundo o *pensamento jurídico do possível*: leva-se em consideração a realidade e as novas necessidades que dela surgiram, colocando-se em discussão uma série de alternativas para a solução da controvérsia criada, decidindo-se, por fim, pela alternativa que apresenta maior potencial de realização. Embora se possa questionar qual seria a metodologia que permitiria enxergar essa possibilidade de realização futura (questão que o Ministro não se faz), devemos compreender esse argumento dentro do contexto dos demais argumentos levantados por Gilmar Mendes, especialmente em relação ao uso da analogia. O que ele deseja é justificar seu uso para o caso em questão, uma vez que se realiza a analogia com dispositivos normativos já existentes que tratam de situações semelhantes e, assim, não seria possível que a interpretação vá além daquilo que já está explicitamente positivado no ordenamento jurídico. O Ministro defende a aplicação da analogia ao caso em questão, de forma a aproximar a união homoafetiva do instituto jurídico que mais se parece com ela, a união estável. Gilmar Mendes faz a ressalva de que a analogia permitiria aplicar à união homoafetiva apenas aquilo em que ela for semelhante à união estável heterossexual. Assim, as diferenças entre os institutos justificariam um tratamento desigual.

Assim como fizeram Lewandowski e Gilmar Mendes, o Ministro Cezar Peluso manifesta preocupação quanto à atuação do STF neste caso, pois supostamente estaria decidindo pela equiparação entre união homoafetiva e união estável sem ter condições de prever as consequências da decisão. Sendo assim, segundo Peluso, o Congresso Nacional deveria agir prontamente de maneira a disciplinar todas as situações decorrentes desse reconhecimento. Ele parece fazer um chamado ao Legislativo para que impeça a conversão da união homoafetiva em casamento e a adoção por parceiros homossexuais, possibilidade decorrente da equiparação com a união estável heterossexual.

3.3.2 Normatização de identidades e comportamentos

A ementa do acórdão apresenta dois caminhos: uma tendência mais aberta à dinamicidade da vida, que tende a não normatizar comportamentos; outra mais fechada, restritiva, impermeável à compreensão daquilo que não se adequa ao que foi normatizado.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). [...] Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. (BRASIL, 2011, p. 2335-2336)

Esse primeiro trecho da ementa apresenta uma intenção dos Ministros em não realizar uma interpretação reducionista, restritiva do que se entende por *família*. De fato, como se verá a seguir, todos os Ministros compreendem que o conceito de família não se reduz ao que está disposto no art. 226 da Constituição de 1988. Esse dispositivo normativo apenas apresenta um rol exemplificativo de configurações familiares no qual podem ser incluídas outras configurações, consideração que está de acordo com uma idéia de pluralismo social, político e cultural que atravessa o Brasil contemporâneo. Além disso, a família é vista como um meio para se garantir a efetivação dos direitos fundamentais entre seus membros e, embora não seja mencionado no referido trecho (mas é muito destacado em alguns dos votos dos Ministros), a família é entendida como baseada em vínculos afetivos que se estabelecem entre seus membros.

Em outro trecho da Ementa, lê-se o seguinte:

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE

CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011, p. 2336-2337, grifo do autor)

Nesse trecho, o art. 226, §3º da Constituição de 1988 é interpretado de forma a incluir a união homoafetiva como configuração familiar equiparada à união estável, aplicando-se à primeira todas as regras que regem a segunda. Assim, só será incluída nessa categoria da união homoafetiva a relação de afeto entre homossexuais que seja contínua, pública e duradoura, excluindo-se outras possibilidades de relação não-heterossexual que não cumpram com tais requisitos. Assim, embora se tenha realizado uma interpretação inclusiva do texto constitucional, ao ser também normatizadora, acabou resultando em outras exclusões. Vejamos como essas discussões aconteceram nos votos dos Ministros.

Ao longo de sua exposição, nos momentos em que o Ministro Ayres Britto faz referência à união estável, ele parece restringi-la a identidades sexuais de homem/mulher e homossexual/heterossexual. Ao não se referir à identidade de gênero, ele parece excluir pessoas que se identificam com o gênero que não corresponde a seu sexo segundo o padrão heterossexual. Assim, travestis poderiam permanecer excluídas do direito de celebrar união estável, por exemplo. De fato, o Ministro estabelece critérios para o reconhecimento de uma união homoafetiva, sendo eles os mesmos da união estável entre heterossexuais. Ele sugere a transposição de uma forma de relacionamento heterossexual, que seria idealmente duradoura e pública, ao relacionamento homossexual. Em um momento exemplar de como essa transposição ocorre de maneira a normatizar uma forma de relação homossexual em detrimento de outras, Ayres Britto detalha como a identidade *homoafetiva* foi criada para substituir uma outra forma socialmente reprimida e repudiada: a dos *homossexuais*. Trata-se de uma tentativa de adequação do comportamento *homo* àquilo que se imagina idealmente em um relacionamento *hetero*: durabilidade temporal, estabilidade e a constituição de uma família. Assim, exclui-se a possibilidade de se ter juridicamente reconhecidas as formas de relacionamento que não sejam adequadas a este formato. A mesma idéia de destaque da afetividade em relações homossexuais é levada pelo Ministro às relações heterossexuais e ele cria o nome *heteroafetividade* para uma suposta forma de relação afetiva entre heterossexuais, também restringindo-lhes a possibilidade de terem juridicamente reconhecidos os relacionamentos que não se caracterizem assim.

No que concerne à abordagem da sexualidade (independente de ser *homo* ou *hetero*), Ayres Britto a trata de maneira biologizada, animalizada, como se o sexo fosse um dado empírico, da natureza. Decorre daí que a sexualidade, ou a manifestação do desejo sexual, ou da preferência ou orientação sexual, seria algo instintivo, inato, suposto fato que seria evidente, segundo a observação do Ministro. Como sabemos a partir do contexto histórico apresentado nos Capítulos 1 e 2, é uma demanda antiga de LGBT uma compreensão de sua sexualidade que não seja arraigada a aspectos biológicos e meramente sexuais, algo que o Ministro acaba não levando em consideração.

Ao contrário do que predominou na definição de sexo, sexualidade e homoafetividade, a família para Britto é um fato cultural, não um dado da natureza. Trata-se de uma instituição de caráter privado que, nem por isso, deve deixar de receber intervenções estatais. Pelo contrário, a família recebe proteção especial por parte do Estado. De qualquer forma, interessante notar que o Ministro reconhece que a família pode ter várias formações

dependendo do contexto em que estiver inserida e, assim, não pode ser restrita à família formada por casais *heteroafetivos*, devendo englobar também os *homoafetivos*. Contudo, apesar de Britto demonstrar uma compreensão sócio-histórica de família, continua sustentando uma concepção idealizada, em que a família é espaço de carinho, felicidade, de relações de confiança em que a pessoa desenvolve virtudes necessárias à convivência em sociedade. Apesar das restrições às relações homossexuais, pode-se considerar como avanço a retirada do caráter empresarial²², patrimonial da união homoafetiva, pois até então, as relações afetivas entre homossexuais eram reconhecidas juridicamente mediante esse caráter empresarial.

Ao opinar sobre a homossexualidade, o Ministro Luiz Fux exclui a possibilidade de alguém optar, desejar ser homossexual. A homossexualidade é tratada como uma característica inata, inescapável, cuja *culpa* não pode ser atribuída ao homossexual. Prova disso, para Fux, seria a suposta impossibilidade de alguém, por vontade própria, passar por todo o suposto martírio que atingiria homossexuais. Segundo o Ministro, não valeria a pena tamanho sacrifício. Num outro momento de seu voto, Fux retoma sua definição utilizando a palavra *homossexualismo*, sem parecer se dar conta de que se trata de uma palavra que traz um significado de enfermidade – que o movimento LGBT tenta combater –, embora ele tenha se posicionado contra a patologização das homossexualidades. Por fim, Fux afirma categoricamente que a homossexualidade não é uma escolha, é um modo de *ser*, retirando a possibilidade de alguém voluntariamente desejar a homossexualidade para si.

Quanto à conceituação de família, o Ministro Luiz Fux apresenta dois conceitos: um deles seria teleológico, definido a partir da finalidade da família, que seria a proteção e

²² As uniões civis estabelecidas entre homossexuais costumavam ser reconhecidas juridicamente como sociedades empresariais de fato, instituto previsto no art. 981 do Código Civil (antigo art. 1363 do Código Civil de 1916), em seção referente ao Direito Empresarial: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados” (BRASIL, 2002). Seguem também dois exemplos de decisões judiciais nesse sentido:

“Recurso especial. Relacionamento mantido entre homossexuais. Sociedade de fato. Dissolução da sociedade. Partilha de bens. Prova. Esforço comum. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (BRASIL, 2006a)

“Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n.º 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL, 2006b)

efetivação dos direitos fundamentais em âmbito intrafamiliar; outro conceito seria ontológico, definido não a partir dos membros que compõem a família, mas pela relação de amor, pela comunhão de idéias e projetos e pelo vínculo identitário entre seus membros. Nesse sentido, o conceito de família deve ser compreendido dentro do contexto histórico em que se encontra. A realidade é que deve informar o conteúdo desse conceito. O Ministro entende que as uniões homoafetivas devem cumprir os mesmos critérios das heteroafetivas, com exceção do critério de publicidade, que deve ser flexibilizado, em razão de especificidades da relação homoafetiva que, muitas vezes, ocorre de forma sigilosa, para evitar discriminação e outras formas de violência. Fux demonstra ter sensibilidade para reconhecer especificidades de uns e outros, sem restringir o direito de ninguém, algo pertinente à política de reconhecimento que ele defende.

O Ministro Luiz Fux realiza ainda uma diferenciação entre casamento e união estável, sendo sua diferença básica a formalização específica do casamento que assegura desde sua constituição todos os direitos e deveres acordados entre as partes. Já a união estável dependeria da existência de provas da convivência pública e duradoura, por exemplo. Apesar da diferença, ambas são, para ele, entidades familiares.

Apenas em dois pequenos trechos de seu voto, a Ministra Cármen Lúcia expressa o que ela entenderia por homossexualidade, referindo-se a ela como uma opção ou escolha, mas sem ser taxativa. Embora o discurso político atual seja o de delimitar a homossexualidade como orientação sexual, não há elementos no texto que indiquem que a Ministra discorde da possibilidade de que o seja. Assim, ela parece deixar em aberto o que seria a homossexualidade.

Numa abordagem histórica da conceituação jurídica de família, o Ministro Marco Aurélio demonstra como a heteronormatividade e o machismo patriarcal foram sendo questionados a ponto de se modificar gradualmente o conceito de família. Aos poucos, ela deixou de ser fundamentada numa perspectiva patrimonial e em objetivos de procriação. A família passou a ser conceituada levando-se em consideração o afeto e não o patrimônio, como se fazia antes da Constituição de 1988. Nesse novo conceito, família já não é um fim em si mesmo, mas é meio para garantia e exercício da dignidade de seus membros.

Ao falar sobre a homossexualidade, Marco Aurélio cogita se haveria uma *causa* para sua ocorrência, mas acaba afirmando não saber se haveria, nem qual seria. Por fim, ele demonstra compreender que a homossexualidade não pode ser objeto de escolha em nenhuma hipótese, como se ela fosse algo inato, inevitável. Interessante ressaltar, ainda, que Marco

Aurélio identifica a união homoafetiva tanto como união entre pessoas de *gênero* igual, como de *sexo* igual, sem fazer distinção entre o que seria *sexo* e o que seria *gênero*, indicativo de que esses conceitos se confundem.

Para argumentar que o art. 226, §3º da Constituição de 1988 deve ser interpretado de forma a reconhecer a união homoafetiva como uma das formas de família equiparável à união estável, o Ministro Celso de Mello fundamenta-se na impossibilidade de se fechar as possibilidades de famílias e formas de união estável. O referido dispositivo normativo apenas exemplifica, mantendo as possibilidades abertas ao surgimento de novas configurações familiares na realidade, as quais deverão ser juridicamente reconhecidas. O Ministro compreende que as uniões homoafetivas e as uniões estáveis heterossexuais fundamentam-se ambas em vínculos afetivos, solidários e no compartilhamento de projetos de vida. Sendo assim, as duas formas de união devem receber o mesmo tratamento. Na conclusão de seu voto, Celso de Mello decide pela equiparação da união homoafetiva à união estável heterossexual, igualando-as no que diz respeito a direitos e deveres. Assim, a união homoafetiva é normatizada segundo os padrões de relacionamento heterossexual e outras formas de relação são ignoradas.

Após realizar uma retomada histórica dos conceitos de família previstos em todas as constituições brasileiras desde 1937 até a atualidade – inclusive, trazendo em seu texto menções a julgamentos e decisões tomadas por seus colegas –, o Ministro Ricardo Lewandowski conclui que a união entre pessoas do mesmo sexo não pode ser enquadrada em nenhuma das formas de família previstas constitucionalmente, nem mesmo na união estável, pois ela exigiria – segundo sua interpretação – necessariamente a diversidade de sexos, isto é, uma união heterossexual. Importa ressaltar que, no debate (BRASIL, 2011, p. 2171-2173) ocorrido logo após o término do voto de Lewandowski, os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia e Marco Aurélio alegaram que, ao utilizar trechos de decisões tomadas por eles, Lewandowski teria descontextualizado suas falas sobre o reconhecimento da união estável. De fato, ficou parecendo que os referidos Ministros adotaram definição muito restrita, como se eles compreendessem que a união estável pudesse ser estabelecida apenas entre homem e mulher, como se ela não pudesse ter nenhuma outra configuração. Aparentemente, o Ministro Lewandowski não concordou com a alegação dos colegas.

Seguindo com sua interpretação restritiva e normatizadora das relações homossexuais, Lewandowski traz um trecho das notas taquigráficas da Assembléia Constituinte que elaborou e promulgou a Constituição de 1988, no qual há um breve debate sobre o artigo referente à

união estável. Entre as falas dos Constituintes, há afirmações explicitamente discriminatórias e depreciativas sobre a homossexualidade, como a classificação de malévola a interpretação textual do artigo que possibilita a união estável entre homossexuais, contrastada com um texto constitucional classificado, por sua vez, como austero. Nesse trecho, os Constituintes não oferecem nenhuma justificativa para a exclusão da possibilidade de reconhecer o direito de homossexuais estabelecerem união estável, a não ser um ato de discriminação. Apenas o Constituinte Gerson Peres parece defender o reconhecimento, quando diz que a Inglaterra “já casa homem com homem” (BRASIL, 2011, p. 2163). Por fim, eles decidem pela aprovação de uma emenda elaborada por um Bispo que restringiria o estabelecimento da união estável à relação entre homens e mulheres. Lewandowski não realiza qualquer crítica à decisão tomada pelos Constituintes ou a seu fundamento discriminatório. Pelo contrário, o Ministro entende que não cabe ao STF interpretar o texto constitucional para além da pretensão expressa pelos Constituintes no momento de sua elaboração. Sendo assim, esse trecho dos debates da Constituinte torna-se um dos principais fundamentos da decisão tomada por ele.

O Ministro Ricardo Lewandowski conclui seu voto reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar a ser prevista no rol exemplificativo do art. 226 da Constituição de 1988, mas apartada da união estável, uma vez que esta última só poderia ser estabelecida entre homem e mulher, segundo sua interpretação. Ele nomeia essa nova entidade familiar como *união homoafetiva estável*, e não como *união estável homoafetiva*. Conseqüentemente, a união homoafetiva não é espécie de união estável, embora seja espécie de família. Lewandowski finaliza sua conclusão dizendo que aos dois institutos devem ser aplicadas as regras naquilo em que se assemelham, apenas. Naquilo em que diferem, isto é, na composição sexual dos parceiros, devem ser aplicadas regras específicas, próprias às suas especificidades, conforme o exigido pela regra da analogia. No entanto, Lewandowski não diz quais seriam essas regras a serem aplicadas de forma específica. É possível inferir que o Ministro receia que as uniões homoafetivas venham a possuir os mesmos direitos da união estável heterossexual de adoção e de conversão da união em casamento.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a união estável só pode ser estabelecida entre homem e mulher, não havendo possibilidade de ela compreender outras formações. O Ministro até menciona uma situação em que ele mesmo usou da analogia para reconhecer uma relação homossexual estável. No entanto, esse reconhecimento ocorreu para que se restringisse um direito, o de elegibilidade. A relação foi reconhecida como estável para impedir a candidatura da parceira a um cargo eleitoral. Na conclusão de seu voto, contrapondo-se explicitamente ao

Ministro Ayres Britto, Gilmar Mendes reafirma sua opinião quanto à impossibilidade de equiparação da união homoafetiva à união estável. Ele supõe que a equiparação pode gerar surpresas, como, por exemplo, repercussões inesperadas quanto à conversão da união homoafetiva em casamento e também quanto à adoção. No entanto, no momento de reconhecer deveres e restrições, Gilmar Mendes equipara as uniões homoafetivas ao instituto da união estável, deixando aparentar ter adotado essa forma de interpretação com o único intuito de restringir o alcance do reconhecimento da união homoafetiva (àquele momento, já inevitável), de forma a dificultar sua conversão em casamento e a impossibilitar a adoção. Por fim, ele reconhece a união homoafetiva como entidade familiar análoga à união estável e clama ao Legislativo que regule a união homoafetiva, alegando que este é o Poder legítimo para prever todas as repercussões e especificidades dessa nova configuração familiar.

O Ministro Cezar Peluso compreende que se deve interpretar o art. 226, §3º da Constituição de 1988 de forma aberta, possibilitando o reconhecimento de outras configurações familiares além das expressamente mencionadas no referido dispositivo normativo. Contudo, assim como Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, Peluso entende que se deve utilizar o método de interpretação analógico para se inferir que, no art. 226, § 3º da Constituição de 1988, está incluída a união homoafetiva como configuração familiar diferente da união estável, pois haveria desigualdades entre essas duas formas de união que impossibilitariam sua equiparação. Segundo o Ministro, a distinção se deve em razão de a união estável ocorrer entre *homem e mulher* e a união homoafetiva ocorrer entre pessoas do mesmo *sexo*.

O Ministro Joaquim Barbosa não apresentou nenhum argumento que prevesse de que forma determinadas condutas ou identidades deveriam ser normatizadas.

3.3.3 Heterossexualidade como norma compulsória em relação a comportamentos e desejos

O Ministro Ayres Britto reconhece que as pessoas cujos comportamentos fogem à norma heterossexual geram incômodos e, conseqüentemente, são alvo de controle e restrições. Em um momento de seu voto, ele utiliza a expressão *inclinação* para se referir à manifestação da sexualidade de uma pessoa. Pode-se inferir daí que o Ministro acaba reproduzindo uma noção de que há determinadas formas de expressão que seriam duvidosas. Quando Britto diz que uma das justificativas para se realizar o julgamento em questão seria em razão da dúvida,

do dissenso e do desconforto que o tema provoca, podemos compreender que essas situações surgiriam do fato de se ter um padrão heteronormativo como referência para o comportamento. Por sua vez, este padrão seria certo, confortável, incontestável. Sendo assim, ainda que tenha utilizado alguns vocábulos equivocados, Britto identifica de alguma forma a heteronormatividade em operação na realidade de maneira a excluir aquelas que a ela não se adequam.

O Ministro Luiz Fux reconhece a homossexualidade como uma das possibilidades de auto-realização pessoal, não menos valorosa do que a heterossexualidade. Contudo, ele fundamenta parte de seus argumentos no suposto fato de que homossexuais seriam uma minoria numérica e, por essa razão, sujeitos a diversos tipos de discriminação e violência. Na verdade, entendemos que o problema não decorre do fato de se ter maioria ou minoria numérica, mas de se ter a heterossexualidade como norma, pela qual se desvaloriza outras formas de comportamento e desejo, fazendo aparentar que os *normais* são maioria, justamente para que sejam vistos como tal. O próprio Ministro constata que a homossexualidade é moralmente desprezada, sendo essa a razão de não ser mencionada no texto constitucional. Esse desprezo decorreria de se estar submetido ao que Fux chama de um *padrão moral pré-estabelecido*, que condicionaria as visões e percepções de mundo moralmente valiosas. Para fundamentar seu argumento, Fux cita a *política de reconhecimento* como definida por Nancy Fraser para defender que não se deve trabalhar numa perspectiva de igualdade simples, mas de reconhecimento de diferenças que, por sua vez, não devem ser desprezadas, mas valorizadas pelo que são. O Ministro chega, inclusive, a mencionar trecho da obra de Fraser em que ela cita como exemplo de discriminação a atribuição de valores segundo o padrão heteronormativo, que necessariamente desvaloriza os comportamentos que fogem a esse padrão. Esse tipo de discriminação também estaria presente em normas que ignoram a existência da homossexualidade. Por meio dos argumentos colocados pela filósofa, Fux identifica que a heteronormatividade gera hierarquizações arbitrárias que resultam em diversas formas de exclusão vivenciadas por homossexuais – inclusive de forma violenta – como injustiça.

A Ministra Cármen Lúcia não chega a se referir explicitamente à forma de operação da heteronormatividade. Num trecho de seu voto, ela realiza uma interpretação do princípio de igualdade de forma a compreendê-lo como reconhecimento de igual valor às inúmeras peculiaridades, projetos e escolhas de cada um, independentemente de padrões de comportamento socialmente institucionalizados. Assim, pode-se considerar que essa

interpretação parte de uma constatação de que há padrões de comportamento institucionalizados – como os heteronormativos – que geram exclusão a ser combatida por meio do princípio de igualdade.

Sobre o assunto, o Ministro Joaquim Barbosa destaca que homossexuais passam por diversas situações de discriminação, conforme o contexto social em que se encontram. Considerando a arbitrariedade dessas situações discriminatórias, ele conclui que não haveria qualquer razão para se distinguir entre relações afetivas heterossexuais e relações afetivas homossexuais.

O Ministro Gilmar Mendes reconhece que homossexuais estão submetidos a situações discriminatórias, inclusive de caráter institucional, decorrente da ausência de reconhecimento jurídico da união homoafetiva, algo que reforça o estigma e a discriminação contra essas pessoas. No entanto, ele não localiza essa situação num contexto em que predomina o padrão heterossexual de comportamento. Ele entende que a situação discriminatória e de desproteção em que homossexuais se encontram no Brasil é, em alguma medida, decorrente de omissão do Congresso Nacional. O Ministro constrói uma gradação entre países em relação à garantia de direitos a homossexuais, desde os países que reprimem a homossexualidade, passando pelos que lhe são supostamente indiferentes, até aqueles que seriam avançados por já terem tomado medidas que assegurariam os direitos de homossexuais. Contudo, devemos questionar essa suposta indiferença, quando a heterossexuais são assegurados direitos de forma expressa. Na verdade, não haveria situação de indiferença, mas de uma discriminação que pode ser implícita, velada.

Ao analisar a atuação do Congresso Nacional brasileiro, Gilmar Mendes parece esforçar-se em construir uma argumentação que retire o foco no preconceito como razão para a demora ao reconhecimento dos direitos de homossexuais. Ele não a apresenta como inserida num contexto de discriminações sistemáticas, cometidas por Deputados e Senadores que impedem o trâmite e aprovação de projetos de lei e de propostas de emendas constitucionais por razões de cunho meramente discriminatório. O Ministro expõe diversas tentativas de Parlamentares proporem legislações para assegurar direitos de homossexuais (como união estável, parceria civil, adoção e proibição de discriminação por orientação sexual), sendo que todas têm histórico de insucesso. A razão de seu fracasso é colocada por Gilmar Mendes como resultante de meras controvérsias políticas, como que num intuito de legitimar a atuação do Congresso Nacional. Nem mesmo as propostas de Parlamentares que foram apresentadas com o intuito de restringir legalmente os direitos de homossexuais foram trabalhadas pelo Ministro

como discriminatórias. Ao fim de sua argumentação, o Ministro chega a afirmar que a atuação do Legislativo conforme o exposto geraria nos *interessados* (os homossexuais) uma *angústia natural* e um *sentimento de desproteção*, como se fosse normal passar pela situação de desrespeito institucional. Por fim, ele alega que a demora no trâmite legislativo deve-se à complexidade dos assuntos envolvidos e à busca dos Parlamentares por uma *regulamentação satisfatória*, o que demandaria muitas deliberações e discussões, novamente sem reconhecer a situação discriminatória contra homossexuais. Quanto à atuação do Executivo, o Ministro reconhece uma situação de discriminação institucional contra homossexuais, enumerando diversos atos administrativos, sendo que uns avançaram na garantia de direitos de homossexuais, outros não. No entanto, ele não discorre sobre o assunto como o fez em relação ao Legislativo.

O Ministro Marco Aurélio compreende que o cotidiano de homossexuais é permeado por discriminações e violências diversas, decorrentes de uma moralidade predominante que não consegue compreender a homossexualidade e a ignora. Ele reconhece também que as lutas pelo reconhecimento de homossexuais têm crescido e promovido avanços, mas não discorre sobre o assunto.

A partir de uma perspectiva histórica (que abrange o período colonial brasileiro até os dias atuais), o Ministro Celso de Mello relata e analisa de que forma a legislação vem reprimindo explicitamente – inclusive com pena privativa de liberdade e, no período colonial, com castigos corporais e pena de morte – a manifestação de relações homossexuais no Brasil. Atualmente, Celso de Mello ressalta o art. 235 do Código Penal Militar²³, que prevê pena de privação de liberdade para a prática de *atos libidinosos* em instituições militares, ressaltando a possibilidade de punição a homossexuais. Por fim, ao destacar a função contramajoritária do STF, o Ministro reconhece que há uma situação de sujeição de homossexuais a um padrão valorativo-comportamental heterossexual. Reconhece também que o Tribunal deve agir de maneira a modificar essa situação de sujeição.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso não apresentaram nenhum argumento que colocasse em relevância a situação de discriminação arbitrária pela qual passam os homossexuais que justificaria menção.

²³ Art. 235 do Código Penal Militar: “Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano.”

3.3.4 Direito de participação em discussões públicas

A ementa do acórdão não traz nenhuma menção à importância ou necessidade de participação de homossexuais no julgamento, mas enumera as entidades que foram admitidas na qualidade de *amicus curiae*, o que lhes atribui o direito de participar do julgamento por meio do envio de argumentos escritos e da sustentação oral presencial desses argumentos no momento do julgamento. Foram admitidas quinze entidades: Conectas Direitos Humanos; Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH); Grupo Gay da Bahia (GGB); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBT); Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS); Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV); Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP); Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); e Associação Eduardo Banks. De todas as entidades admitidas como *amicus curiae*, apenas a CNBB e a Associação Eduardo Banks posicionaram-se contrariamente ao reconhecimento da união homoafetiva como união estável. Todas as demais apresentaram argumentos a favor do reconhecimento. O que se esperaria dessa participação da sociedade civil e de outros entes públicos seria um verdadeiro debate a ser travado entre todos os atores presentes no julgamento, para a formação da decisão final. No entanto, apenas poucos argumentos levados por algumas das entidades favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva foram utilizados por também poucos Ministros para embasar seus próprios argumentos. Em regra, os Ministros ou ignoram a presença dos *amici curiae*, ou apenas os saúdam de maneira protocolar, sem de fato inseri-los no debate.

Num pequeno trecho de seu voto, o Ministro Ayres Britto aparenta reconhecer a necessidade de se chamar aqueles sobre quem se fala no julgamento para participarem da formação da decisão final. Aparenta também ter levado em consideração os argumentos colocados pelas entidades que se colocaram como favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva, mas nada disso está explícito em seu voto.

O Ministro Luiz Fux afirma ter levado em consideração os argumentos expressos pelos *amici curiae* que se apresentaram favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva, mas,

novamente, isso não aparece em menções explícitas. Em uma determinada passagem de seu voto, o Ministro deixa aparentar que a participação dos *amici curiae* repercutiu muito mais emocionalmente no julgamento (fato que, inclusive, o levou a desejar se pronunciar em um aditamento a seu voto) do que nos argumentos técnicos levantados. Além disso, Fux chega a dialogar explicitamente com o advogado representante do Governo do Estado do Rio de Janeiro, mas não com os representantes dos *amici curiae*, dentre os quais há entidades públicas e da sociedade civil de defesa dos direitos de LGBT. Em um outro momento, os *homoafetivos* são colocados como o *outro*, o *diferente* daquele quem profere a fala, o que sugere que os Ministros agem apartados, independentes desse *outro*. Fux realiza uma abordagem explicitamente paternalista ao dizer que ele e seus colegas de STF *darão*, *concederão* um projeto de felicidade aos *homoafetivos*. Ainda, o diálogo é estabelecido entre Fux e o Ministro Ayres Britto, ignorando os *amici curiae* que passaram pelo julgamento em luta pelo reconhecimento do direito pleiteado.

A Ministra Cármen Lúcia reconhece a relevância das contribuições colocadas pelos terceiros participantes do julgamento (inclusive, os *amici curiae*) para a formação da decisão do STF, embora esse reconhecimento seja realizado especialmente a advogados e ao Ministério Público.

Em alguns trechos de seu voto, Gilmar Mendes demonstra reconhecer a importância da participação dos representantes da sociedade civil enquanto *amici curiae* e chega a estabelecer breves diálogos com as argumentações por eles expostas, mas não dá muitos indícios de que a formação de sua opinião tenha sido por eles influenciada.

Em um determinado trecho de seu voto, o Ministro Marco Aurélio menciona a Associação Eduardo Banks (entidade que participou do julgamento como *amicus curiae*) para se contrapor aos argumentos expressados por ela sobre a interpretação literal da Constituição. De qualquer forma, é um reconhecimento da importância da participação da sociedade civil no julgamento.

O Ministro Celso de Mello compreende a relevância da participação dos *amici curiae* para atribuir legitimidade às decisões proferidas pelo STF, por torná-las representativas do pluralismo social e democratizar o acesso ao Tribunal. Em alguns momentos de seu voto, o Ministro faz referência expressa a Maria Berenice Dias e a Paulo R. Iotti Vecchiatti, duas pessoas que se apresentaram como *amici curiae*. No entanto, a referência é feita não em função da participação dessas pessoas no julgamento enquanto representantes de instituições aceitas na qualidade de *amicus curiae*, mas em razão de suas atividades individualmente

realizadas na produção doutrinária sobre o tema da união homoafetiva. Outra pessoa mencionada no voto de Celso de Mello é o advogado (e atual Ministro do STF) Luís Roberto Barroso, que representava o Governo do Estado do Rio de Janeiro. Apenas um grupo que se apresentou na qualidade de *amicus curiae* é expressamente trazido ao voto de Celso de Mello – o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual – em razão da contribuição trazida por seus argumentos.

Quanto ao Ministro Joaquim Barbosa, os dois únicos momentos em que menciona a participação de alguma pessoa no julgamento referem-se ao então advogado Luís Roberto Barroso, que, como afirmado, falou em representação ao Governo do Estado do Rio de Janeiro. Assim, Joaquim Barbosa parece não atribuir relevância à participação dos *amici curiae*.

O Ministro Ricardo Lewandowski não fez menção relevante à participação dos *amici curiae*. Apenas proferiu um elogio, sem contextualizar qualquer argumentação colocada pelos representantes da sociedade civil. Já o Ministro Cezar Peluso não fez qualquer menção à participação dos *amici curiae*.

3.3.5 Reconhecimento de afeto como constitutivo de relações homossexuais, sejam elas familiares ou não

Na ementa do acórdão, não se identifica menções explícitas ao reconhecimento de afetividade entre homossexuais. No entanto, ao tratar igualmente homossexuais e heterossexuais, o STF reconhece a ambos o igual direito de se configurarem como família e de serem juridicamente reconhecidos para tanto:

Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (BRASIL, 2011, p. 2335)

Em diversos trechos dos votos dos Ministros, a família é tratada caracteristicamente como formada por vínculos afetivos. Além disso, o próprio tratamento de homossexuais com o vocábulo *homoafetivo* já identifica que os Ministros, de um modo geral, compreendem que

homossexuais têm capacidade de estabelecer relações afetivas entre si. No entanto, como ressaltado, a riqueza dos argumentos e controvérsias contidos nos votos de cada Ministro não é devidamente expressada na Ementa. Assim, passamos à exposição de cada um segundo a categoria em análise.

Embora o Ministro Ayres Britto pareça reconhecer que homossexuais podem desenvolver relações de afeto entre si e, em alguns trechos de seu voto, ele afirme compreender que a afetividade se sobrepõe à biologicidade, em vários outros trechos, ele aparenta compreender o oposto, ao utilizar argumentos puramente biológicos para fundamentar suas conclusões, definindo a sexualidade de forma restrita, como se ela se reduzisse ao uso do que ele chama de *aparelho sexual*. Assim, ao interpretar os argumentos colocados pelos *amici curiae*, Ayres Britto acaba definindo a homoafetividade como mera forma de *contato corporal* e *acasalamento* (aliás, palavra comumente usada para definir o coito entre animais), sendo esse um indício de que o Ministro interpreta a homoafetividade como algo puramente biológico-sexual, animalizando o comportamento. Como já ressaltado antes, nota-se que em seu argumento ainda estão presentes resquícios de uma concepção de homossexualidade já há muito combatida por ser considerada desrespeitosa, mas não foi a que predominou entre os Ministros votantes.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux reconhece que homossexuais estabelecem relações de mútuo afeto e, para prová-lo, apresenta dados objetivos coletados pelo Censo 2010 do IBGE que apontam quantas uniões homoafetivas declaradas há no Brasil. Ele ressalta que, embora agora elas estejam visíveis, esse tipo de relação acontece desde muito antes da realização do levantamento, mas simplesmente era ignorado.

Já a Ministra Cármen Lúcia, por meio de uma passagem literária de João Guimarães Rosa, reconhece na união homoafetiva a existência de laços afetivos entre os parceiros.

Por meio de críticas realizadas a juristas e decisões judiciais que tratam as relações afetivas estabelecidas entre homossexuais como sociedades empresárias, o Ministro Marco Aurélio reconhece a existência de laços afetivos como característicos da união homoafetiva.

No mesmo sentido de gradativo progresso de reconhecimento jurídico das relações afetivas entre homossexuais, o Ministro Celso de Mello coloca a Constituição de 1988 como marco para o reconhecimento do afeto enquanto vínculo constitutivo da família. Ao mesmo tempo, interpreta que relações homossexuais são estabelecidas por meio de vínculos afetivos e, por isso, podem ser consideradas famílias.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso também reconhecem a existência e

capacidade de estabelecimento de vínculos afetivos entre homossexuais. Enquanto Peluso reconhece que as uniões homoafetivas podem ser caracterizadas como fundadas em vínculos afetivos, o que possibilita que elas sejam reconhecidas como uma entidade familiar, Lewandowski, embora reconheça haver laços afetivos entre homossexuais, acaba demonstrando compreender que haveria uma diferença irreconciliável entre a união estável estabelecida entre homossexuais e a união estável entre heterossexuais, que seria fundada no sexo dos parceiros. De certa forma, Lewandowski volta a estabelecer um fundamento biológico para a sexualidade. Mas quando ele vai se referir às uniões homoafetivas como famílias, ele compreende que elas se formam com fundamento em laços afetivos e seriam, portanto, uma forma de família que não poderia ser ignorada pelo Estado.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não apresentaram argumentos que colocassem em relevância o reconhecimento de afetividade nas relações homossexuais.

3.3.6 Princípio de igualdade e não-discriminação

A ementa do acórdão da ADPF 132 traz alguns elementos que dizem um pouco do que foi discutido entre os Ministros sobre os princípios de igualdade e não-discriminação:

Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (BRASIL, 2011, p. 2335-2336)

Como se percebe, os Ministros decidiram que *casais heteroafetivos* e *pares homoafetivos* devem ser tratados com isonomia, isto é, sem distinção, pois qualquer tratamento desigual baseado em orientação sexual seria considerado discriminatório, arbitrário. Importante ressaltar que essa decisão não foi consensual, pois foi contestada por Peluso, Gilmar Mendes e Lewandowski.

Nos votos em si, vemos que o Ministro Ayres Britto concorda com a existência de tratamento discriminatório dirigido a *homoafetivos*. Em um trecho, ao mencionar a disparidade com que diferentes países abordam o tema, ele ressalta a arbitrariedade que há nas

formas de se tratar as *relações homoafetivas*. Num determinado ponto, o Ministro começa a realizar interpretações do texto constitucional e, dentre outras conclusões, afirma ser proibida a discriminação em razão de sexo. Para tanto, ele traz uma idéia de preconceito que estaria consagrada pela própria Constituição, da qual se retiraria o conceito de tratamento discriminatório. Interessante notar que sua interpretação do significado de preconceito traz uma crítica ao próprio modo de operar do Direito: como a generalização de um conceito e sua aplicação à realidade acabam por reduzi-la, ignorando tudo o que foge ao conceito previamente formado. Assim, seguindo a linha de reconhecimento de direitos iguais a *homoafetivos* e a *heteroafetivos*, Britto reconhece a ambos o direito de estabelecerem família. Para evitar que a família homoafetiva seja subjugada em relação à família heteroafetiva mediante o uso da expressão *entidade familiar* como se fosse algo hierarquicamente inferior, Britto já estabelece não haver nenhuma diferença entre ambos os conceitos. Por fim, o Ministro ainda reconhece o direito ao casamento civil (em razão da inexistência de óbices à sua realização) e o direito de homoafetivos seguirem os mesmos critérios de heteroafetivos para proceder à adoção. Embora o Ministro Ayres Britto proponha o que ele chama de um *constitucionalismo fraternal*, que se dê por meio de uma integração comunitária das pessoas, pela afirmação de uma igualdade civil-moral, com o intuito de se experimentar um pluralismo sócio-político-cultural, contraposto a uma idéia de mera inclusão social (restrita à noção de igualdade sócio-econômica), em nenhum momento ele menciona o lugar que ocupariam os não-homoafetivos e os não-heteroafetivos – tais como homossexuais e pessoas trans –, o que daria a entender que essa integração incluiria apenas *homoafetivos* e *heteroafetivos*, deixando os demais em seu lugar de seres socialmente repudiados, não merecedores de fraternidade.

De maneira similar, o Ministro Luiz Fux argumenta pela igualdade entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas, uma vez que não há nenhuma distinção entre as duas. Sendo assim, caberia a aplicação da previsão constitucional de proibição de discriminação. Para fundamentar sua argumentação, Fux destaca trecho interessante da obra de Ronald Dworkin em que se define que todos os que estão submetidos a um governo devem ser tratados como possuidores de mesmo *status* moral e político, indicando que todos devem ser tratados de forma que lhes seja reconhecida a autonomia moral para participação da vida pública e para demandar o reconhecimento e realização de direitos. Para Fux, essa noção de igualdade construída por Dworkin permeia toda a Constituição de 1988. Interessante notar que o Ministro destaca a influência religiosa no texto constitucional, pela presença da palavra *Deus*. Esse fato é ainda mais relevante quando consideramos que a Confederação Nacional

dos Bispos do Brasil (CNBB) enviou *amicus curiae* de posicionamento contrário ao reconhecimento da união homoafetiva. Os próprios Ministros reconhecem que a omissão do Congresso Nacional em reconhecer legalmente a união homoafetiva decorre de influência de grupos religiosos entre parlamentares.

Ainda em relação ao voto de Fux, importa ressaltar que ele reconhece como a sociedade tem se comportado diante da homossexualidade, de forma a aceitá-la progressivamente, como igual. Ele traz como comprovação de seu argumento uma série de decisões de órgãos jurisdicionais e legislações estaduais que vêm reconhecendo direitos a parceiros homossexuais que, antes, eram restritos a heterossexuais. Por fim, Fux conclui que o STF deve acompanhar essas mudanças jurídicas e sociais.

Quase sempre sucinta em suas argumentações, a Ministra Cármen Lúcia baseia-se numa interpretação contextual do princípio de igualdade para fundamentar seu argumento de que o dispositivo constitucional que trata da união estável é aplicável independentemente dos parceiros componentes da união.

Em concordância com os anteriores, o Ministro Joaquim Barbosa decide pela equiparação da união homoafetiva ao instituto da união estável, baseando-se nos princípios de igualdade e não-discriminação. Sendo assim, não haveria qualquer distinção quanto a direitos e deveres para as uniões homoafetivas e as uniões heterossexuais.

Utilizando o princípio constitucional de igualdade e não-discriminação num método integrativo de interpretação, o Ministro Marco Aurélio chega à conclusão de que não se pode interpretar o art. 226, §3º da Constituição de 1988 de forma restritiva, mas sim de forma inclusiva, reconhecendo a união homoafetiva como possibilidade de união estável. Na verdade, ele aplica esses princípios com o intuito de conceber uma série de formas diversas de famílias, sendo a homoafetiva uma delas.

Considerando o histórico de tratamento propiciado pelo Estado a homossexuais, o Ministro Celso de Mello ressalta como obrigatório o tratamento igual e não-discriminatório a esse público. Qualquer tratamento desigual que tenha como justificativa a orientação sexual de um sujeito é arbitrária e discriminatória. Ainda, ao citar um dispositivo do documento “Princípios de Yogyakarta”, o Ministro reafirma a igualdade quanto ao direito de constituir família, pertencente a todos, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.

Mesmo o Ministro Gilmar Mendes reconhece que há uma situação de desigualdade arbitrariamente sustentada pelo Estado ao não conferir tratamento jurídico às relações homoafetivas, uma vez que há diversas decisões judiciais que negam seu reconhecimento

jurídico, mas não chega a estabelecer relações de igualdade entre homossexuais e heterossexuais. Na verdade, ele as interpreta como diferentes, não apenas de fato, mas também juridicamente.

Já os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso não apresentaram argumento que colocasse em relevância os direitos à igualdade e à não-discriminação. Na verdade, os Ministros defendem a diferenciação entre uniões homossexuais e heterossexuais, inclusive quanto a direitos e deveres.

3.3.7 Reconhecimento do direito de auto-realização pessoal e autonomia para escolha e realização de projetos de vida, incluindo-se o exercício autônomo da sexualidade

A Ementa traz um único trecho no qual o direito à auto-realização pessoal por meio da sexualidade é compreendido como decorrente do princípio de dignidade humana e deve ser compreendido em um âmbito de exercício de autonomia do ser humano, no qual o Estado não deve interferir arbitrariamente:

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia.

Esse pequeno trecho da Ementa é bastante representativo do que a maioria dos Ministros pensa sobre a relação entre sexualidade e o direito à auto-realização pessoal, ou à auto-estima.

O Ministro Ayres Britto é um dos que reconhece a sexualidade como meio de auto-realização pessoal, de constituição de auto-estima. Ao comparar a heterossexualidade com a homossexualidade, entende também que a heteronormatividade não deve ser um impedimento à auto-realização de ninguém. Ele compreende que a Constituição permite o livre uso do aparelho sexual, a não ser que seja para o exercício de conduta explicitamente proibida. Essa liberdade estaria justificada no suposto fato de a preferência ou orientação sexual ser uma manifestação instintiva. O exercício da sexualidade estaria localizado no âmbito de autonomia da vontade. No entanto, ao mesmo tempo em que o Ministro atribui esse espaço de autonomia

à sexualidade – entendida como esfera de liberdade para constituição da personalidade individual enquanto identidade psíquica –, o Ministro se contradiz ao estabelecer a indivisibilidade entre o órgão sexual e a pessoa que o porta, sugerindo possível determinismo do sexo biológico sobre as vontades e desejos da pessoa. Como se vê, em diversos momentos, Britto reforça uma idéia de que a sexualidade se reduziria à mera satisfação sexual.

O Ministro Luiz Fux traz importante entendimento de que as pessoas devem ser compreendidas como moralmente autônomas e, por isso, como sujeitos, não como objetos. Uma compreensão tal do sujeito possibilita que ele tenha autonomia para se desenvolver, inclusive, de estabelecer uma relação homossexual. Ele ressalta como conteúdo do princípio de dignidade humana o valor moral absoluto dos seres humanos, isto é, que não pode ser medido em comparação de um a outro e, por isso, um não pode ser desprezado em relação ao outro. Como podemos observar, Fux realiza uma extensão do princípio de igualdade para dizer que cada um possui autonomia moral, ou liberdade para decidir e se realizar segundo seu projeto, ou seus objetivos de realização pessoal. O Ministro reconhece que a homossexualidade é um traço da personalidade, petente ao âmbito da auto-realização pessoal, parte de um projeto de vida, cujo direito de realização deve ser garantido pelo Estado. Na verdade, como não há nenhuma vedação jurídica à constituição de uniões homoafetivas, não deveria haver nenhum óbice por parte do Estado para que os sujeitos se realizem dessa forma. É possível inferir que Fux utiliza a política de reconhecimento como fundamento para conceber esse direito à auto-realização de pretensões ou projetos e metas pessoais, dentre as quais, no caso em questão, está a equiparação da união homoafetiva à união estável.

Assim como outros Ministros, a Ministra Cármen Lúcia também insere a liberdade ou autonomia para escolha dos projetos de auto-realização pessoal no âmbito do princípio de dignidade. Em interpretação contextual da Constituição, ela analisa o princípio de dignidade, em que se localiza o direito à liberdade, de forma a compreender o texto constitucional como assegurador da liberdade de escolha e vivência de projetos de realização pessoal. Seguindo com sua interpretação sobre o exercício das escolhas pessoais como um exercício de liberdade, a Ministra compreende que a relação afetiva com quem se estabelecerá é de âmbito íntimo, sendo que essa intimidade deve ser resguardada pelo Estado, inclusive de forma a evitar a discriminação.

Assim como os anteriores, Joaquim Barbosa interpreta o princípio de dignidade de maneira a incluir o direito de livre desenvolvimento da personalidade. Para esse desenvolvimento, seria necessário que o outro reconheça valor aos traços da personalidade do

sujeito em questão. Sendo assim, ao não reconhecer a união homoafetiva, o Estado demonstra valorizar a forma heterossexual de se realizar em detrimento das demais sexualidades, conduta em desconformidade com o princípio de dignidade.

O Ministro Gilmar Mendes localiza a livre orientação sexual do sujeito dentro do direito de autodesenvolvimento, ou também da chamada auto-realização, por meio de projetos de vida e metas autonomamente eleitos por aqueles que os praticarão. Cabe ao Estado não colocar quaisquer obstáculos à sua realização e garantir a todos a possibilidade de exercer esse direito de forma livre e sem que sofram qualquer tipo de discriminação. Gilmar Mendes cita um jurista italiano que coloca como um dos principais desafios ao direito e ao Estado, num ambiente de pluralismo político e social, garantir o direito de auto-realização a diferentes atores sociais sem privilegiar ou valorizar uma forma de auto-realização em detrimento da outra.

De forma similar, o Ministro Marco Aurélio reconhece no princípio de dignidade o direito de desenvolvimento da personalidade, dos projetos e metas de vida individuais e coletivos. Ele ressalva que o ser humano não pode ser instrumentalizado em função de um projeto de sociedade alheio, referindo-se à tentativa de grupos que tentariam impedir o exercício de auto-realização pessoal de homossexuais. Assim, a cada ser humano deve ser assegurado o direito de desenvolvimento de seu projeto de vida, sendo essa o que o Ministro chama de dimensão existencial do princípio de dignidade humana. Portanto, não cabe ao Estado criar obstáculos aos indivíduos para o desenvolvimento de sua personalidade e consecução de suas metas. Ao contrário, o Estado deve agir positivamente de forma a garantir a todos a possibilidade de auto-realização e a busca por felicidade.

Por fim, o Ministro Celso de Mello percebe no julgamento da ADPF 132 um potencial para se efetivar os princípios de igualdade, de liberdade e autonomia individual e de dignidade, contra o histórico de tratamentos discriminatórios e excludentes a que o Estado brasileiro vem submetendo homossexuais. O reconhecimento do direito de auto-realização pela livre expressão da orientação sexual – independente de qual seja – apresenta-se como uma possibilidade de “instauração e [...] consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva” (Brasil, 2011, p. 2287). Reconhecendo a centralidade do princípio de dignidade no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro o associa ao direito à busca por felicidade. Ao trazer o ordenamento jurídico dos Estados Unidos, Celso de Mello demonstra como a Suprema Corte americana delimita esse direito de busca por felicidade como um direito de auto-realização pessoal, de realização de projetos de vida, e assim o princípio de dignidade

também deve ser interpretado no ordenamento jurídico brasileiro.

Já os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso não apresentaram nenhum argumento que colocasse em relevância os direitos à liberdade e à auto-realização que justificasse menção neste texto.

3.4 Discussão dos resultados: os limites do reconhecimento

Chegando ao fim do percurso de nossa análise, devemos lembrar que, como vimos no Capítulo 1, Honneth identifica uma crise metodológica nos estudos filosófico-sociais contemporâneos, surgida com a conscientização de que o paradigma marxista de crítica focado no proletariado e na estrutura do trabalho social não seriam suficientes para cumprir com o projeto de buscar na realidade potenciais normativos que possibilitem a mudança dessa mesma realidade. Vimos também que Honneth propõe como alternativa a esse paradigma o foco no vocabulário moral do reconhecimento, o qual restituiria à filosofia social a capacidade de revelar potenciais normativos inscritos na realidade. Pudemos perceber, ao longo das análises realizadas neste e nos outros Capítulos, que o vocabulário moral do reconhecimento realmente apresenta um potencial de identificação de situações de desrespeito que não pode ser ignorado. Pelo contrário, deve ser explorado de modo a identificarmos os limites das esferas de reconhecimento em operação na realidade. Não se trata de avaliarmos as limitações da teoria construída por Honneth, mas sim os contornos que o reconhecimento atribui àquele que deve ser reconhecido, que se tornam limitações às possibilidades do que é reconhecível, especialmente em âmbito público, como o caso ora analisado. Assim, é também necessário compreender esses limites. Dentre eles, gostaríamos de discorrer sobre dois, identificados a partir da análise do acórdão da ADPF 132 e da contextualização histórica que realizamos, ambas à luz da Teoria do Reconhecimento de Honneth: a institucionalização normalizadora das esferas de reconhecimento pela expansão do vocabulário generalista e abstrato do direito; e a restrição do reconhecimento a demandas que já tenham se legitimado, institucionalizado publicamente.

Honneth nos ensina que as lutas por reconhecimento podem encampar demandas no sentido de efetivação de um potencial ainda não realizado de reconhecimento em uma determinada esfera e também no sentido de expansão dos limites institucionais de uma esfera de reconhecimento em direção a outra, para assegurar um mínimo de sua realização. Honneth ainda destaca que, desde a modernidade, tem-se presenciado um fenômeno de expansão

institucional do direito para se assegurar um mínimo de realização das esferas do amor e da estima social. Contudo, essa expansão é conflituosa. O vocabulário do direito é constituído por ideais e percepções de igualdade que partem de abstrações do concreto, do particular com pretensões de dizer sobre o todo, de aplicar-se de forma generalizada, correndo-se o risco de ignorar as especificidades da situação concreta. Como o próprio Honneth alerta, a concepção de direito fundamentada unicamente e de forma exacerbada em suas formas liberais de direito subjetivo (ou *direito abstrato*) e de autonomia moral (*moralidade*) provocariam patologias sociais (as quais Hegel teria atribuído o nome de *sofrimento de indeterminação*), seja pelo fato de se passar a ver o outro apenas como um meio para se conseguir algo, ignorando suas demandas e necessidades específicas e também legítimas, seja por uma concepção de autonomia como total independência do outro, como se a relação com o outro fosse desnecessária à auto-realização de um sujeito. Uma tal concepção do direito entra em conflito direto com o vocabulário que trazem as esferas do amor e da estima social, pois ambas são constituídas por uma linguagem que remete à concretude do sujeito, a suas peculiaridades e necessidades específicas, que o tornam único e que, de sua perspectiva, são legitimamente exigíveis do outro também concreto (no caso da esfera do amor) ou da sociedade (no caso da esfera da estima social).

As demandas apresentadas na Tabela 03 e a análise que fizemos do acórdão da ADPF 132 são a expressão da expansão e institucionalização do vocabulário jurídico em direção às outras esferas. Podemos perceber que o direito se expande, por exemplo, para se assegurar a possibilidade de participação de LGBT na vida pública por meio da atuação institucionalizada na forma de movimento social ou de ONG, ou numa tentativa de proibição de discriminação em razão de orientação sexual (e, mais recentemente, identidade de gênero) por meio de legislações e decisões judiciais, ou também, para se assegurar direitos e deveres institucionalmente reconhecidos a relações de afeto estabelecidas entre homossexuais (como é o caso sob análise neste texto). Se, por um lado, tais intentos realmente ocorrem num sentido de progresso de forma a se incluir pessoas e grupos antes excluídos, assegurando-lhes a possibilidade de se auto-realizarem afetiva, jurídica e socialmente, por outro, podemos também identificar exclusões. Afinal, como já afirmou Honneth, a expressão de uma demanda na arena público-política assenta-se numa série de lutas por reconhecimento que a precedem e que acabaram por silenciar outros sujeitos e grupos que não lograram reconhecimento público. Exemplo disso foi o próprio processo de institucionalização do movimento social que se iniciou como representantes de homossexuais, principalmente homens, e, após uma série de

conflitos e questionamentos, até mesmo internos ao movimento, começou a encampar as lutas de lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais. Facchini e Simões (2009, p. 126-127) chamam a atenção para um fato que exemplifica muito bem essa situação, quando João Antônio Mascarenhas pronunciou-se diante da Assembléia Constituinte. Ele utilizou como estratégia para apresentar uma imagem positiva da homossexualidade a dissociação entre esta e qualquer traço de feminilidade, de travestilidade e marginalidade. Esta é uma estratégia adotada em decorrência das adequações exigidas pela atuação institucionalizada, também adotada pelo movimento LGBT atual quando de seu pleito pelo reconhecimento da união homoafetiva, termo que, como ressaltado pelo Ministro Ayres Britto e outros, procura ressaltar a possibilidade de homossexuais estabelecerem laços de afeto, algo mais próximo à típica idealização de um casal heterossexual monogâmico que pretende permanecer unido indefinidamente. Afirma-se essa idéia para se distanciar da imagem que a sociedade em geral tem como negativa de que homossexuais seriam extremamente (ou unicamente) sexualizados, promíscuos e, por isso, incapazes de estabelecer relações amorosas a longo prazo. Além disso, restringe-se esse reconhecimento às identidades *homo*, afastando as pessoas *trans*. Butler identifica esse problema apresentando-o como um dilema:

Podemos ver aqui o campo do dilema: de um lado, viver sem normas de reconhecimento provoca sofrimento significativo e formas de “desempoderamento” que frustram as próprias distinções entre as conseqüências psíquicas, culturais e materiais. De outro, a demanda por reconhecimento, que é uma demanda política muito poderosa, pode levar a novas e odiosas formas de hierarquia social, a uma renúncia apressada do campo sexual, e a novas maneiras de apoiar e ampliar o poder do Estado, se não se institui um desafio crítico às próprias normas de reconhecimento fornecidas e exigidas pela legitimação do Estado. De fato, ao apostar no Estado por reconhecimento, nos restringimos efetivamente ao domínio do que será reconhecível como legítimos arranjos sexuais, fortalecendo, assim, o Estado como a fonte para as normas de reconhecimento e eclipsando outras possibilidades na sociedade civil e na vida cultural. Exigir e receber reconhecimento, segundo normas que legitimam o casamento e deslegitimam formas de alianças sexuais fora do casamento, ou normas que são articuladas em uma relação crítica ao casamento, é deslocar o espaço de deslegitimação de uma parte da comunidade gay para outra, ou, mais ainda, é transformar uma deslegitimação coletiva em uma deslegitimação seletiva. É difícil, senão impossível, reconciliar uma tal prática com um movimento sexualmente progressista e radicalmente democrático. (BUTLER, 2003, p. 239-240)

No mesmo sentido, Miskolci:

No consenso sobre a parceria civil, o reconhecimento do Estado aparece como a forma pela qual a sexualidade de gays e lésbicas deixaria de se revelar socialmente inconformada. Opções fora do casamento são excluídas como ilegítimas e poucos constatarem que a institucionalização das relações reduz o léxico de legitimação social.

Assim, o direito à parceria civil corre o risco de se tornar uma norma e a única maneira de legitimar a sexualidade. Pior, esse debate tende a reduzir a sexualidade ao casamento e este como o único meio para a aquisição de legitimidade social. (MISKOLCI, , p. 122)

A atuação institucionalizada por meio da política identitária, ao mesmo tempo em que apresenta um potencial inclusivo e mobilizador de sujeitos até então excluídos da cena política, também possui um potencial excludente no momento em que adota como estratégia a abstração, imobilização e generalização de determinadas características concretas de um grupo de pessoas e as toma como representativas de um todo identitário. Vemos aqui que esse é justamente o método do qual Honneth tenta se afastar ao propor a sua antropologia formal, mas que segue em operação não apenas no campo dos estudos filosóficos, mas também no cotidiano da vida subjetiva, social e política. Honneth não ignora esse potencial excludente do reconhecimento vinculado à política identitária. Ele percebe que essa estratégia política impõe formas pré-determinadas de reconhecimento às quais o indivíduo deve se sujeitar para alcançar reconhecimento jurídico, social ou afetivo. Como podemos depreender da análise do acórdão da ADPF 132 em relação às demandas por reconhecimento institucionalizadas na sociedade, o STF atribui legitimidade de participação no julgamento (na forma dos *amici curiae*) apenas a organizações da sociedade civil que, de alguma forma, já alcançaram legitimidade institucional em outros espaços. Da mesma forma, as demandas reconhecidas pelos Ministros são aquelas trazidas por essas instituições, demandas que, igualmente, já haviam alcançado reconhecimento em alguma medida. No caso em análise, as demandas já colocadas pela sociedade civil organizada configuram-se no limite do reconhecível pelo STF. Por isso mesmo, Honneth propõe que o foco da análise não deve se restringir a movimentos sociais, devendo também abranger o sujeito não-político e as experiências de desrespeito pelas quais ele passa. Assim, em seus escritos, Honneth já começa a esboçar algumas críticas de forma a apontar quais seriam os limites e inconsistências contidos no vocabulário moral do reconhecimento. Ele identifica, por exemplo, o conflito existente entre o princípio do afeto ou cuidado e o da igualdade ou respeito moral inerente às relações de amizade que, por sua vez, desvelaria que o modo como se dá a resolução de conflitos jurídicos é patológica ao ignorar as necessidades específicas que possuem os sujeitos concretos que são as partes no conflito (2008a, p. 99-128). Numa outra obra, ele se questiona sobre a possível existência de uma quarta esfera de reconhecimento que traria um vocabulário moral baseado não na igualdade, mas na diferença, e tampouco se bastaria com o princípio de desempenho, pois exigiria que a

atribuição de estima social se desse em termos absolutos, não em termos relativos, traduzidos segundo critérios meritórios (2003b. p. 161-170). No entanto, ele não chega a desenvolver tais críticas.

Entendemos que um possível caminho para o desenvolvimento dessas críticas seria um diálogo com uma das atuais alternativas à crise metodológica mencionada por Honneth, de origens nietzschiana e foucaultiana, que tem em Judith Butler uma de suas principais expressões. Em sua interpretação, Honneth (2003c, p. 243) afirma que essa abordagem localiza o potencial de crítica na performance de práticas subversivas em relação à ordem social hegemônica num dado contexto. Toma-se, assim, como historicamente contingentes os potenciais de transformação social identificados na realidade e, por isso, funcionariam apenas como instâncias de reflexão legítimas de seu contexto imediato. De fato, o ponto de partida da crítica, para Butler (2006, p. 7) – em referência a Marx – é o *presente histórico*, enquanto campo linguístico contemporâneo que fixa os limites do inteligível, e um de seus principais objetivos é o de construir uma crítica desde dentro desses limites que tenha como alvo as categorias identitárias estabilizadas, fixas, naturalizadas pelas atuais estruturas jurídicas. Não temos a intenção de realizar esse diálogo aqui neste texto, mas apenas de sugeri-lo como uma possibilidade, que possui o potencial de se tornar um profícuo debate.

Apenas como exemplo de uma possibilidade de ocorrência desse diálogo, tomemos as mobilizações ocorridas especialmente nos anos de 1980 e 1990 em função do combate à epidemia de HIV/Aids e à discriminação e violência generalizadas contra os portadores do vírus. Como ressaltamos na Tabela 03, a estratégia política adotada deu-se no sentido de expansão de uma idéia de vulnerabilidade que já não se restringia a grupos identitários e, em razão das condições de extrema violência em que se deram as experiências de desrespeito pelas quais passavam as pessoas que eram associadas ao vírus ou à doença, exigia-se a efetivação de todas as esferas de reconhecimento, ao mesmo tempo em que se exigia que elas fossem garantidas pelo direito. Afirmamos ali que “a demanda apresentada possui como referencial um fenômeno que atinge a todos indiscriminadamente e não se fecha em grupos identitários, ela apresenta alto potencial inclusivo e possibilita a articulação e expansão de inúmeras esferas da personalidade”. Nesse mesmo sentido, Butler (2006, p. 19-49) nos apresenta uma possibilidade de interpretação desse fenômeno ao propor que o que nos une é a perda e a vulnerabilidade social de nossos corpos, sendo que a perda e a vulnerabilidade decorrem de nossos corpos serem socialmente constituídos. Assim, ao invés de limitarmos a possibilidade de ação política à sujeição de uns e outros a categorias identitárias previamente

estabelecidas, Butler afirma que devemos reimaginar uma possibilidade de comunidade com base na idéia de vulnerabilidade e na perda. Para tanto, devemos considerar uma dimensão da vida política relacionada à exposição de nossos corpos à violência, ao quanto somos vulneráveis à violência e à perda, bem como à tarefa de enlutecer-se pelo outro. A epidemia de HIV/Aids e a violência que se seguiu à segmentação da sociedade em grupos que supostamente seriam os responsáveis por seu surgimento provocou uma série de contestações levantadas por sujeitos que não se limitaram a categorias identitárias. Pelo contrário, a mera consciência de vulnerabilidade dos corpos de todos, independentemente de se pertencer a determinados grupos, e o enlutecimento que se seguiu às inúmeras mortes provocadas pela doença e também pelas manifestações de ódio foram suficientes para gerar laços de solidariedade entre pessoas e grupos os mais diversos, inclusive de caráter internacional, que fizeram com que o Estado se movesse de modo a instituir políticas voltadas à prevenção e combate ao HIV/Aids e à discriminação, sendo que muitas ainda permanecem.

Como se vê, a reação positiva do Estado em relação ao HIV/Aids é uma mostra de que é possível provocar as instituições jurídicas estatais a agirem de modo permeável e criativo segundo a dinamicidade da vida e as diferentes demandas que surgem cotidianamente, sem que se fechem ao atendimento de demandas que se enquadrem em categorias identitárias. Vimos no julgamento da ADPF 132 que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso mostraram-se resistentes²⁴ em reconhecer até mesmo demandas colocadas por um grupo identitário e criaram uma série de argumentos para evitar o pleno reconhecimento do direito à união estável homossexual. No entanto, vimos também que a Ministra Cármen Lúcia, os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Luiz Fux e Carlos Ayres Britto mostraram-se abertos à demanda que se apresentava e, mediante a adoção de um

²⁴ Importante ressaltar que não temos a intenção de definir que os referidos Ministros são conservadores ou não. Na verdade, nem temos condições de afirmar exatamente a razão pela qual adotaram posicionamento diferente de seus colegas. Uma hipótese seria evitar que o STF seja visto como no julgamento da união homoafetiva mais uma vez como protagonizando uma situação de *ativismo judicial*, geralmente associada à *judicialização da política*: “*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2010, p. 06). Barroso (2010, p. 07) aponta como uma das principais *causas* do ativismo judicial o local de protagonismo atribuído ao STF pela Constituição de 1988 ao assegurar-lhe o exercício do controle de constitucionalidade por meio de ações constitucionais de acesso direto ao Tribunal, como as ADI’s e ADPF’s. Por sua vez, Werneck Vianna e Burgos (2005, p. 779-781) propõem que o STF passou a exercer a função de ativismo judicial por pressão da sociedade civil organizada que, num ambiente de excessiva concentração de poder entre Executivo e Legislativo e consequente fechamento ao debate público, encontrou no Judiciário a via institucional aberta a receber suas demandas. Para uma discussão do tema, acompanhada de críticas às duas concepções de ativismo judicial e judicialização da política apresentadas e proposição de um novo conceito, ver SILVA, 2011, p. 36-51, 81-86.

método interpretativo adequado, abriram a possibilidade de reconhecimento das relações entre homossexuais como um tipo de família ao qual devem ser garantidos todos os direitos que possuem as demais configurações familiares. Mas nos chama especial atenção o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia ao falar sobre como devemos agir diante do outro concreto, que muitas vezes não se apresenta para nós como compreensível:

Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: *'enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível'* (Grande sertão: veredas). 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 Direito. (BRASIL, 2011, p. 2148, grifo do autor)

Cármen Lúcia apresenta um caminho possível à abordagem jurídica da realidade, quando afirma que não é a vida que deve estar em função do direito, mas o direito deve estar em função da vida e, por isso, deve acompanhar sua dinamicidade, sua historicidade, muitas vezes incompreensível à linguagem jurídica.

CONCLUSÃO

Iniciamos este texto apresentando como principal objetivo a proposição de uma análise crítica do reconhecimento da união homoafetiva em julgamento realizado pelo STF da ADPF 132 e da ADI 4277. Tentamos responder basicamente três perguntas:

- (i) de que maneira se deu o reconhecimento jurídico da união homoafetiva pelo STF?
- (ii) quais sujeitos e formas de vivência da sexualidade e do afeto foram reconhecidos?
- (iii) quais os sujeitos e formas de vivência da sexualidade e do afeto foram excluídos?

A resposta à primeira pergunta exigiu uma descrição crítica do julgamento, o que se mostraria como um pressuposto para que pudéssemos responder as perguntas seguintes. A segunda pergunta traz em si a hipótese de que o reconhecimento que se operou no julgamento da união homoafetiva teria dado contornos a determinadas formas de sujeitos e condutas afetivo-sexuais que deveriam se enquadrar nesse conceito para adquirir esse reconhecimento. De forma semelhante e em decorrência da pergunta anterior, nosso terceiro questionamento já revela que tínhamos a hipótese de que o reconhecimento da união homoafetiva, como se deu no STF, gerou exclusões daqueles que não se enquadravam na forma delimitada pelos Ministros. Assim delineado o problema que desejávamos investigar, restava-nos escolher o marco teórico que nos auxiliasse responder essas perguntas.

Considerando a proposta de Axel Honneth de construção de uma Teoria do Reconhecimento a partir de uma metodologia antropológico-formal, que seria uma possível alternativa à crise metodológica em que a filosofia social se encontra – pois teria a capacidade de revelar potenciais normativos inscritos na realidade analisada –, decidimos nos aprofundar em seus conceitos e reflexões sobre o reconhecimento, que se encontram dispersos em vários livros e artigos. Cientes de que estamos trabalhando com uma teoria ainda em construção (e, portanto, sujeita a modificações a serem realizadas por seu próprio autor), procuramos apresentar ao leitor aquilo que mais nos interessava: seus conceitos de reconhecimento (e as esferas do amor, do direito e da estima social), desrespeito, luta por reconhecimento e a possibilidade de se abordar essa teoria como uma Teoria da Justiça.

À medida que apresentávamos a Teoria do Reconhecimento, percebemos que não poderíamos passar diretamente à análise do julgamento, pois o próprio Honneth coloca como

necessária a atribuição de conteúdo material às esferas de reconhecimento e demais conceitos. Seria necessário, portanto, que enxergássemos a luta por reconhecimento em operação na realidade que desejávamos analisar. Por essa razão, propusemos a apresentação de um contexto histórico das homossexualidades que se desenvolveram em São Paulo e Rio de Janeiro desde o final do séc. XIX ao início do séc. XXI. O contexto apresentado baseou-se especialmente nas obras de três autores, todos considerados de grande relevância ao desenvolvimento do conhecimento sobre as homossexualidades no Brasil e com um método crítico e engajado de análise e produção desse conhecimento. São eles: James Green, Júlio Simões e Regina Facchini. Importante ressaltar que nossa intenção foi a de abordar um longo período (pouco mais de cem anos) em busca de eventos que exemplificassem (e não esgotassem) situações institucionalizadas de desrespeito às homossexualidades, bem como de lutas por reconhecimento promovidas por esse mesmo segmento populacional desrespeitado, decidimos por nos concentrarmos em poucas obras que cobrissem o período analisado.

O foco da apresentação do contexto histórico referido foi no vocabulário moral do reconhecimento, do qual partimos para a identificação de experiências de desrespeito vivenciadas por homossexuais e pessoas que transgridem papéis de gênero, com a intenção de identificarmos lutas por reconhecimento que descortinam um horizonte de possibilidades de mudanças da situação de desrespeito em que se encontram. Constatamos como o desrespeito a homossexuais e pessoas trans institucionalizou-se nas mais diversas formas de expressão, como no controle sobre o corpo de homossexuais, considerado enfermo, degenerado, que está em busca apenas de satisfação sexual e, por tudo isso, é considerado merecedor de ser alvo de agressões físicas e verbais, chegando ao extremo do extermínio desses corpos, como se lhes faltasse algum componente que os humanizasse. Percebemos como isso ocorre num contexto histórico heteronormativo, em que se coloca a heterossexualidade e a masculinidade como hierarquicamente superiores a outras expressões de desejo sexual e de gênero, tornando imorais, ilegítimas, desprezíveis essas outras manifestações, impedindo sua ocorrência em determinados espaços públicos. Contudo, em reação ao desrespeito, vimos também que a luta por reconhecimento travada por homossexuais e transgêneros brasileiros possui uma trajetória bastante representativa do progresso ético-moral da sociedade, descrito por Honneth ao elaborar sua Teoria do Reconhecimento.

Inicialmente invisibilizada nos encontros homoeróticos clandestinos ou na travestilidade “permitida” nos guetos das grandes cidades brasileiras, a luta impulsionada pelas pessoas de comportamento não-heteronormativo adquiriu contornos de um conflito

explícito nas celebrações carnavalescas do início do século XX, em que proliferaram *falsas baianas à la Carmen Miranda* e outras *bonecas, frescos e putos* no intento de ocupar e conquistar os espaços tradicionalmente pertencentes ao universo heterossexual e masculino. As máscaras utilizadas durante o ano caem nos quatro dias de carnaval: imbuídos do sentimento de injustiça proveniente da violência, exclusão e degradação sociais a que eram submetidos cotidianamente e aproveitando-se do momento propiciado pelo carnaval de suspensão das sanções morais e sociais e de exaltação da sensualidade, da sexualidade e do erotismo, homossexuais e transgêneros (como nos campos de batalha do entrudo) elaboraram e colocaram em prática verdadeiras táticas de combate para a apropriação das ruas e dos bailes carnavalescos, contra a heteronormatividade das formas de desrespeito que lhes afligia, promovendo algum progresso moral e ético da sociedade brasileira: desde que permanecessem restritas ao carnaval, expressões das homossexualidades passaram a ser toleradas; os bailes de travestis e concursos de fantasia de rapazes que se vestem de mulher perenizaram-se no carnaval carioca e se expandiram a outras partes do Brasil.

A mera tolerância à exposição da feminilidade e da homossexualidade durante o carnaval não era a única “expectativa normativa” que homossexuais possuíam ao questionar a moral reinante na sociedade brasileira. Eles ansiavam também por frequentar os mesmos locais que os heterossexuais frequentavam durante o ano, por ter acesso aos mesmos empregos e oportunidades aos quais eles tinham acesso e por modificar os imaginários de degeneração moral e patológica e de indissociabilidade entre homossexualidade, feminilidade e passividade que se difundiu e se consolidou no Brasil até as primeiras décadas do século XX. Consequentemente, nas décadas de 50 e 60, observou-se um aumento expressivo da quantidade de homossexuais e transgêneros circulando pelas ruas, praias e estabelecimentos comerciais do Rio de Janeiro e de São Paulo, não sem conflitos, por óbvio. Mas os *viados* e *bichas* resistiam e conquistavam mais e mais espaço. Nesse mesmo período, novas expressões das homossexualidades começaram a se visibilizar, questionando a rigidez dos papéis sexuais e de gênero. Nos anos 70, movimento culturais, a abordagem favorável da imprensa e de intelectuais à homossexualidade e a visibilização de homossexuais na classe média evidenciaram alternativas às díades bicha/bofe, boneca/homem “verdadeiro” e passivo/ativo. Ao mesmo tempo, exaltava-se o orgulho de ser gay, difundia-se uma imagem saudável do homossexual e estimulava-se a “saída do armário”. Certamente, todas essas iniciativas não estirpavam completamente o imaginário rígido e patológico sobre a homossexualidade já internalizado na cultura brasileira, mas o flexibilizaram e permitiram que uma quantidade

incontável de homossexuais pudessem se valorizar e construir consigo mesmos a auto-confiança, o auto-respeito e a auto-estima necessários para iniciarem uma luta organizada por seu reconhecimento.

Tanto Green, como Simões e Facchini concordam que um dos marcos para o início da organização do movimento homossexual brasileiro foi a conquista de espaço na imprensa, especialmente com a criação do *Lampião da Esquina*, em 1978. A imprensa foi o principal veículo difusor das idéias, valores e identidades não-heteronormativas do período, e do conturbado contexto político da segunda metade da década de 70, caracterizado particularmente pela efervescência de movimentos sociais contra o regime ditatorial militar que se instaurara na década anterior. Tais fatores foram decisivos para que houvesse um processo de compreensão coletiva dos homossexuais brasileiros (principalmente, os residentes em São Paulo e no Rio de Janeiro) de que as experiências de desrespeito às quais eram submetidos não os atingia isoladamente, mas os afetava enquanto um grupo que compartilha características tidas como identitárias. Assim como feministas, movimentos gays de outros países e militantes negros e de esquerda, os homossexuais brasileiros começaram a se mobilizar e a se organizar num movimento social de luta por reconhecimento, que se institucionalizou nos moldes de uma política identitária e alcançou diversas conquistas, dentre as quais destacamos o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, equiparada à união estável estabelecida entre heterossexuais. Seguindo a ressalva feita por Honneth de que os movimentos sociais de caráter identitário não devem ser o único foco de análise, propusemos uma compreensão crítica dessa conquista, ao compará-la às expectativas normativas contidas nas experiências de desrespeito historicamente sofridas por homossexuais, que apontam para mudanças que, em alguns momentos, o processo de reconhecimento da união homoafetiva contraria.

Com apoio no método da análise categorial e qualitativa de conteúdo, conforme definido por Laurance Bardin, definimos que, entre os diversos documentos referentes ao julgamento da união homoafetiva, analisaríamos apenas o acórdão, que contém os votos dos Ministros do STF. Assim, após leitura do documento e, com base nas experiências de desrespeito e demandas por reconhecimento identificadas no contexto histórico apresentado, elaboramos sete categorias e analisamos todo o acórdão. Fizemos uma descrição crítica dos votos e constatamos que muitos dos argumentos utilizados trazem uma idéia de expansão da esfera de reconhecimento do direito e do vocabulário de igualdade e liberdade nela contido de modo a assegurar um mínimo de realização das demais esferas, embora alguns dos Ministros

(especialmente Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso) tenham adotado argumentos de que uma suposta diferença entre heterossexuais e homossexuais justificaria um tratamento arbitrariamente desigual e, portanto, discriminatório. Discutimos como as identidades e comportamentos normatizados nos textos do julgamento simultaneamente revelam ausências não contempladas pelo STF. Ao tempo em que se reconhece valor a comportamentos que se definem como “homoafetivos” e “heteroafetivos”, formas de vivência – como aquelas consideradas “promíscuas”, por exemplo – que não se enquadrem nesses modelos permanecem ignoradas. Da mesma maneira que a atuação do movimento homossexual institucionalizada na forma de política identitária já gerou diversas exclusões daqueles que não se enquadravam nas identidades que representam – fato que o forçou a se tornar um movimento mais amplo de abrangência a LGBT, e não apenas homossexuais –, ao adotar uma interpretação do texto constitucional que se fecha em identidades, o STF também acaba por gerar exclusões, pois estabelece limites ao reconhecível. Tais limites ficam também evidenciados quando concluímos que as demandas reconhecidas no julgamento sob análise são aquelas que já adquiriram legitimidade institucional na sociedade civil. O STF não vai além do que já é reconhecido pelos atores sociais. Sugerimos, por fim, que se reconheça a – por vezes, excessiva – abstração da linguagem do direito como limitada e incapaz de considerar plenamente as especificidades e concretudes das esferas do amor e da estima social. Concluímos com a Ministra Cármen Lúcia que o direito se mantenha sempre aberto à dinamicidade e espontaneidade da vida, que o direito seja um instrumento para a realização dos projetos de vida de cada um, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eloísa Machado. O *amicus curiae* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 6, v. 24, p. 1073-1098, out./dez. 2012.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Ed. Edições 70, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: **Revista Jurídica da Presidência**. v. 12, n. 96. Brasília (DF): fev./mai. 2010, p. 01-41.

BUTLER, Judith. **Bodies that matter: on the discursive limits of “sex”**. New York/London: Routledge, 2011.

_____. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity**. New York/London: Routledge, 2008.

_____. **Precarious life: the powers of mourning and violence**. New York/London: Verso, 2006.

_____. O parentesco é sempre tido como heterossexual? In: **Cadernos Pagu**. N. 21. Tradução Valter Arcanjo da Ponte. Campinas: Ed. Unicamp, p. 219-260, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. **Código Criminal do Império do Brazil**. Lei de 16 de dezembro de 1830.

_____. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

_____. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 773.136/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de outubro de 2006a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 648.763/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2006b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Brasília, DF, 04 e 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538698#114%20-%20AC%D3RD%C3O>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Procuradoria-Geral da República. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Brasília, DF, 02 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em: 30 out. 2013.

DEUSDARÁ, Bruno; ROCHA, Décio. Análise de conteúdo e análise de discurso: aproximações e afastamentos na (re)construção de uma trajetória. In: **Alea: Estudos Neolatinos** [online]. 2005, vol. 7, n. 2, p. 305-322. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-106X2005000200010&script=sci_arttext. Acesso em: 30 out. 2013.

FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas?:** movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: _____; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. Translated by Joel Golb, James Ingram & Christiane Wilke. London; New York : Verso, p. 7-109, 2003.

_____. Distorted beyond all recognition: a rejoinder to Axel Honneth. In: _____; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. Translated by Joel Golb, James Ingram & Christiane Wilke. London; New York : Verso, p. 198-236, 2003.

FRY, Peter. Prefácio. In: GREEN, James N. **Além do carnaval:** a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. Tradução Cristina Fino e Cássio A. Leite. São Paulo: Ed. UNESP, 2000.

GREEN, James N. **Além do Carnaval:** a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. Tradução Cristina Fino e Cássio A. Leite. São Paulo: Ed. UNESP, 2000.

HONNETH, Axel. **Disrespect:** the normative foundations of Critical Theory. Cambridge; Malden: Polity Press, 2008a.

_____. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

_____; MARGALIT, Avishai. Recognition. In: **Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes.** v. 75. Oxford: Blackwell Publishing, p. 111-139, 2001.

_____. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; _____. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. Translated by Joel Golb, James Ingram & Christiane Wilke. London; New York : Verso, p. 110-197, 2003b.

_____. **Reification:** a new look at an old idea. With commentaries by Judith Butler, Raymond Geuss, Jonathan Lear; edited and introduced by Martin Jay. New York: Oxford University Press, 2008b.

_____. **Sofrimento de Indeterminação:** uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. Tradução Rúrion S. Melo. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

_____. The point of recognition: a rejoinder to the rejoinder. In: FRASER, Nancy; _____. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. Translated by Joel Golb, James Ingram & Christiane Wilke. London; New York : Verso, p. 237-267, 2003c.

LOURO, Guacira L. **Um corpo estranho:** ensaios sobre sexualidade e teoria *queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MACHADO, Isabel Penido de C.; NUNES, Raquel Portugal; SANDER, Sílvia Corradi; SOARES, Bruno Martins. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo direito brasileiro: contribuições do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: **Revista CEJIL. Debates**

sobre derechos humanos y el Sistema Interamericano. Ano III, Número 4. CEJIL, São José da Costa Rica, p. 65-79, dez. 2008. Disponível em: http://cejil.org/sites/default/files/04.07.MartinsSoares_CamposMachado_yOtros.pdf. Acesso em: 30 out. 2013.

MACRAE, Edward. **A construção da igualdade:** identidade sexual e política no Brasil da "abertura". Campinas: Ed. da UNICAMP, 1990.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. In: **Cadernos Pagu.** N. 28. Campinas: Ed. Unicamp, p. 101-128, jan./jun. 2007.

NOBRE, Marcos. Apresentação. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a Teoria Crítica. In: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, p. 07-19, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo A. C. de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: _____; MACHADO, Felipe Daniel A. (coords.). **Constituição e Processo:** a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, p. 367-399, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina. In: Lander (Comp.) **La Colonialidad del Saber:** Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. CLACSO, Buenos Aires, p. 201-246, fev. 1993.

RIO DE JANEIRO (Estado). Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Rio de Janeiro, RJ, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>. Acesso em: 30 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 09 de maio de 2003a. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70006984348, 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 14 de novembro de 2003b. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>. Acesso em: 30 out. 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Tradução e

organização de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUBIN, Gayle. **The traffic in women. Notes on the "political economy" of sex.** In: REITER, Rayna (ed.) *Toward an Anthropology of Women*. New York, Monthly Review Press, p. 157-210, 1975.

SILVA, Aguinaldo. As palavras: para que temê-las? **Lampião da Esquina**, Rio de Janeiro, Ano 1, nº 3, 25 jul. a 25 ago. 1978. Esquina, p. 5. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/cedoc/lampiao/07%20-%20LAMPIAO%20DA%20ESQUINA%20EDICAO%2003%20-%20JULHO%20AGOSTO%201978.PDF>. Acesso em: 30 out. 2013.

SILVA, Jeferson Mariano. **Crítica da Judicialização da política.** 2011. 99f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2011.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: **Identidade e diferença. A perspectiva dos estudos culturais.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Petrópolis: Ed. Vozes, p. 73-102, 2000.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT.** São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2009.

THE YOGYAKARTA Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. Elaborado por especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos e em orientação sexual e identidade de gênero, reunidos em Yogyakarta, Indonésia, de 6 a 9 de novembro de 2006. Publicado em março de 2007. Disponível em: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf. Acesso em: 30 out. 2013.

TREVISAN, João S. Por uma política menor: bichas e lésbicas inauguram a utopia. **Lampião da Esquina**, Rio de Janeiro, Ano 3, nº 25, jun. 1980. Esquina, p. 9-10. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/cedoc/lampiao/29%20-%20LAMPIAO%20DA%20ESQUINA%20EDICAO%2025%20-%20JUNHO%201980.PDF>. Acesso em: 30 out. 2013.

WERNECK VIANNA, Luiz J.; BURGOS, Marcelo T. Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. In: **Dados – Revista de Ciências Sociais.** v. 48, n. 4. Rio de Janeiro: IUPERJ, p. 777-843, 2005.

GLOSSÁRIO

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): A ADPF e a ADI são chamadas de ações constitucionais que visam acionar o controle de constitucionalidade do STF para questionar determinada norma que se alega estar em desacordo com preceitos constitucionais. Regulamentada pela Lei nº 9882/1999, seu art. 1º prevê que a ADPF poderá ser proposta “perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição [...]”.

Por sua vez, a ADI será proposta quando se objetivar retirar do ordenamento jurídico algum dispositivo legislativo ou ato normativo que esteja em conflito com alguma norma constitucional, como se depreende do art. 3º da Lei nº 9868/1999.

Acórdão: O acórdão configura-se na decisão proferida de forma colegiada, isto é, de forma conjunta por juízes (ou, no caso sob análise, Ministros) em um determinado tribunal. Conforme arts. 165, 458 e 563 do Código de Processo Civil, assim como as sentenças, ele possui um relatório, no qual se identifica as partes envolvidas, expõe-se o pedido daquele que interpôs a ação e, quando houver, os argumentos da outra parte, descreve-se os fatos e os andamentos processuais relevantes. Ainda, o acórdão possui uma parte em que os juízes que compõem o colegiado proferem seus votos, no qual tomam um posicionamento fundamentado juridicamente em relação à controvérsia analisada, bem como possui uma parte dispositiva, na qual está a decisão final. Por fim, o acórdão é composto também por uma ementa, onde se expõe um breve resumo da decisão e dos princípios e normas que a fundamentam.

União civil estável: O art. 1.723 do Código Civil brasileiro de 2002 estabelece os critérios para o reconhecimento da união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no

caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.” Os demais artigos estabelecem direitos e deveres àqueles que estiverem em união estável: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”.

Amicus curiae: Geralmente traduzido como o “amigo da Corte”, o *amicus curiae* configura-se numa possibilidade aberta pelo Judiciário brasileiro à participação de entidades da sociedade civil e do Poder Público em julgamentos de grande relevância. Conforme Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999: “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” (BRASIL, 1999). Sendo assim, o Ministro Relator deve analisar em decisão irrecorrível os critérios de relevância da matéria sob análise do STF e de representatividade dos postulantes a *amicus curiae*. Segundo Almeida (2012), ambos os critérios não têm uma definição precisa, apresentando diferentes significados em cada caso, mas, geralmente, podem ser definidos da seguinte forma: a relevância da matéria define-se pelo seu caráter de gerar repercussões generalizadas à sociedade, que não sejam restritas às partes envolvidas no caso em julgamento, como é o caso da união homoafetiva. Já a representatividade do postulante é interpretada pelo STF segundo a “pertinência de sua atividade, de sua missão institucional, com o objeto tratado na ação direta” (ALMEIDA, 2012). Admitidos os postulantes, são apresentados memoriais e documentos que fundamentem os argumentos por eles defendidos e, na data de realização do julgamento da ação, os *amici curiae* são convidados ao STF para realizar a sustentação oral destes argumentos.

ANEXO – Análise detalhada do documento

Tabela 04 - Metodologia de interpretação e regulação a ser adotada pelo STF e sua justificativa

Ministro Ayres Britto	
Trecho destacado	Análise
<p>“É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.”. (p. 2077, grifo do autor)</p>	<p>O Ministro reconhece que muitos dos julgamentos realizados sobre as uniões homoafetivas possuem alta carga subjetiva dos próprios julgadores. Assim, haveria necessidade de regulação jurídica da união homoafetiva para que ela possua critérios objetivos. Trata-se de uma tentativa de generalização de uma idéia de igualdade quanto à forma de homoafetivos se expressarem e se relacionarem. Na verdade, a objetividade / impessoalidade do direito traz uma concepção de subjetividade particular e concreta tornada geral e abstrata. Esse é exatamente o método de análise da realidade criticado por Honneth (como exposto no Capítulo 1), pois elimina a possibilidade de articulação de outras subjetividades e sujeitos.</p>
<p>“É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em <i>estado de alerta</i> ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.” (p. 2087-2089)</p>	<p>Sob o argumento de que anulariam a sexualidade do outro, o Ministro coloca como ilícitas quatro formas de exercício da sexualidade: o estupro, a pedofilia, o incesto e o concubinato. O Estado não poderia permitir essas formas de expressão da sexualidade, pois elas invadiriam a autonomia do outro, de modo a negá-la. O Ministro não se estende para justificar essa proibição.</p>
<p>“[...] o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza: I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo); II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já</p>	<p>O Ministro ressalta uma função do Estado de regulação jurídica da privacidade e intimidade dos sujeitos. Trata-se de uma regulação pela omissão, pela conduta de não impedir o exercício da sexualidade em âmbito íntimo e privado. Por outro lado, o Estado deve agir positivamente para assegurar a todos esse exercício</p>

ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

[...]

Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).” (p. 2089-2091, grifo do autor)

“Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatção. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatção.

Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.” (p. 2197)

O trecho foi destacado de um debate que Ayres Britto teve com Gilmar Mendes, quanto à forma de interpretação do texto constitucional referente à união estável. Ayres Britto defende que ele não deve ser interpretado em sua literalidade, mas para além do que está textualmente explícito. O que fundamenta essa interpretação que supera a literalidade é a aplicação conjunta de princípios de igualdade, liberdade e dignidade, por exemplo, sobre os quais o Ministro já se pronunciou em outros momentos.

Ministro Luiz Fux

“Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

[...] são *direitos de proteção* aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são *direitos prestacionais em sentido amplo*, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais.

[...]

O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.” (p. 2113-2115, grifo do autor)

“Poderia dizer-se, 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.” (p. 2118-2119, grifo do autor)

Por entender estar diante de violação de um direito fundamental, como o de estabelecer união civil estável, o Ministro procura justificar a conduta do STF por meio de uma obrigação do Estado de agir positivamente para a proteção desse mesmo direito, no sentido de evitar que ele continue sendo violado. Esse é um direito do indivíduo, exigível perante o Estado, que tem a obrigação de cumpri-lo.

Nesse trecho, o Ministro argumenta que todo fato social é juridicamente relevante e deve ser regulado pelo Direito. Assim, já não cabe dizer que a *união homoafetiva* é ato juridicamente irrelevante ou inexistente.

“Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância

Fux retoma a idéia do dever de proteção para atentar a uma obrigação especial do

contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.” (p. 2119-2120)

“Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a *família*, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma *garantia institucional*, destinada “a 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 protegida. (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542).

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 *funcionalizou* o conceito jurídico de família, como se vê na lição de GUSTAVO TEPEDINO (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In *Temas de Direito Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398), *verbis*:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, 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, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...]

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 integrantes.

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

STF de proteger os direitos fundamentais de *minorias*, pois elas estariam especialmente vulneráveis às *maiorias*. Essa seria uma função *contramajoritária* do Tribunal. Nesse caso, a regulação pretendida teria uma repercussão especial e histórica, por se tratar do reconhecimento de violações também históricas cometidas contra homossexuais.

O Ministro rememora brevemente o histórico de proteção constitucional da família, identificando uma mudança na Constituição de 1988. Segundo Fux, anteriormente, a Constituição protegia a família definida por seus membros, enquanto após 1988, a família passou a ser protegida em razão de sua função teleológica: a de resguardar os direitos fundamentais de seus componentes, não importa quem sejam.

formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.” (p. 2120-2121, grifo do autor)

“Ainda sobre a igualdade, DWORKIN, em outra obra (*A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*:

O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. [...]

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.” (p. 2124-2125, grifo do autor)

“Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confirmam-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão ERNST BENDA (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In BENDA, Ernst et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. edição. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125):

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo. (tradução livre do espanhol)” (p. 2125, grifo do autor)

“A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra**. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil

Nesse trecho de sua argumentação, Fux defende que o Estado deve assegurar institucionalmente a igualdade, de forma que suas normativas garantam igualdade de oportunidades a todos para que possam seguir com seus projetos pessoais de auto-realização.

Assim como no trecho anterior, o Ministro argumenta que o Estado tem o dever de garantir institucionalmente que os sujeitos sigam livremente em busca de suas realizações de vida pessoais.

A política de reconhecimento exige do Estado o reconhecimento jurídico das diferenças que, cultural ou socialmente, são desprezadas. Assim, evidencia-se e valoriza-se aquilo que era invisibilizado e depreciado. Assim, o reconhecimento da união *homoafetiva* colocaria em voga esse tipo de relação tão desprezada e, assim, atenderia ao princípio de

praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

Para além da ciência do direito norteamericano, há também manifestações contemporâneas de igual jaez na Europa. Em sua tese de doutoramento (*Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 115), MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, debruçando-se sobre a então recente Lei 13/2005, de 1º de julho, que alterou o Código Civil espanhol para admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, consignou:

[...] limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do *não reconhecimento* – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através de *omissão na Lei* – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição de discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual. [tradução livre do espanhol]

A questão do *reconhecimento* também toca o tema da *segurança jurídica*. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc.

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade.

As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira. (p. 2128-2129, grifo do autor)

“E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, **mutatis mutandis**, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se

segurança jurídica, pois atribuiria certeza e previsibilidade por meio de direitos e deveres institucionalmente garantidos. No entanto, devemos compreender que esse reconhecimento ainda deixa várias outras formas de relação no limbo, como aquelas estabelecidas entre homossexuais que não cumprem os critérios da união homoafetiva.

No aditamento a seu voto, Fux demonstra preocupação em justificar a atuação normatizadora do STF reafirmando o fato de esta ser uma obrigação do Estado, no momento em que se identificar violação a direitos fundamentais, não importando se a medida de regulação venha do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. A finalidade de impedir a violação a

justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

Com relação ao princípio da igualdade, eu colhi duas passagens do professor Ronald Dworkin quando nos concita a uma leitura moral da Constituição - o texto denomina-se *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. E o que diz o professor Dworkin? O governo – e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que são inerentes ao Poder Público - se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. E aqui "governo" significa a administração dos interesses das partes que não conseguiram, por autocomposição, chegar a uma solução.” (p. 2137-2139, grifo do autor)

“Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do bacharelado, sempre me encantou a máxima **ub societas ibi ius**, ‘onde há sociedade há o Direito’. E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.” (p. 2143, grifo do autor)

Ministra Cármen Lúcia

“Observo, inicialmente, 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.

Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.

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 humano.” (p. 2146)

“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, reiterese, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.” (p. 2147-2148)

“Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: *“enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível”* (Grande sertão: veredas).

direito fundamental e a necessidade de regulação jurídica de uma esfera da realidade até então ignorada pelo direito justificam a atuação do STF.

A Ministra compreende que o julgamento em questão se trata de etapa de um processo de luta por reconhecimento de um novo direito, pela institucionalização de uma medida jurídica que combaterá discriminação e violência dirigidas a *minorias*. Ela afirma entender que se trata de uma conquista, não de uma concessão.

Segundo a Ministra, o STF deve agir com seu poder institucional de forma a evitar que direitos fundamentais sejam violados por atos discriminatórios e violentos.

A Ministra Cármen Lúcia demonstra sensibilidade em perceber a dinamicidade, historicidade da vida, que não caberia em conceituações jurídicas. Ao mesmo tempo, ela justifica a atuação do STF em função dessa dinamicidade: o direito é criado para atender às

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 Direito.” (p. 2148, grifo do autor)

“Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

Ensina José Afonso da Silva que *‘a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de ‘hermenêutica contextual’* (SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15).

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema.” (p. 2149-2150, grifo do autor)

“É ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: *‘o intérprete da Constituição tem que partir da idéia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material’* (Op. cit., p. 14).

Daí porque, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que *‘a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. Ex facto oritur jus – diz o velho brocado latino. A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?’* (Op. cit., p. 863).” (p. 2153, grifo do autor)

“Considero o pluralismo político também uma expressão que se

necessidades constantemente cambiantes da vida.

A Ministra segue sua linha de argumentação em defesa da adequação da norma jurídica ao contexto social dizendo que essa adequação deve ser feita de forma interpretativa em relação aos contextos social e normativo em que a norma se encontra.

A Ministra segue com sua argumentação de que a Constituição não deve ser interpretada em sua literalidade, mas deve ser adequada à realidade, de onde devem ser tirado o conteúdo dos conceitos.

Nesse trecho, pode-se deduzir que a

estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político.

E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções.

Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.

E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inc. IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete.

As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.” (p. 2154-2155)

Ministra defende um sistema jurídico que esteja aberto a reconhecer as expressões do pluralismo político e social, argumento que também poderia ser compreendido do texto constitucional. Cármen Lúcia faz uma interessante diferenciação entre os âmbitos social e político, sendo que o pluralismo social é condição para o político. Isso nos leva a entender que haveria pluralidade ainda maior de sujeitos não-políticos, que não se expressaram em demandas na arena público-política, algo similar ao que Honneth diz sobre os movimentos sociais não deverem ser o único foco de análise, uma vez que haveria uma série de experiências de desrespeito sofridas por sujeitos não-pertencentes a movimentos sociais.

Ministro Ricardo Lewandowski

“Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a ‘separação dos Poderes’ à dignidade de ‘cláusula pétrea’, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.” (p. 2163-2164, grifo do autor)

No trecho em destaque, o Ministro demonstra optar pela adoção de uma forma restritiva, formalista de interpretação, segundo a qual o STF não deve interpretar o texto constitucional para além do que foi explicitamente colocado no dispositivo normativo sob análise. Além disso, a interpretação deve se aproximar ao máximo da *vontade* do legislador à época da concepção da norma.

“Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juriconsultos romanos, *ex facto*

O Ministro demonstra reconhecer a necessidade de se regulamentar a união homoafetiva, por entender ser ela um dado da realidade que não pode passar ignorado pelo sistema jurídico brasileiro.

“Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

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.

Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual

‘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 ratió).

*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 frisante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva** e **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 encontrar regulada no complexo normativoconstitucional, 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).” (p. 2165-2166, grifo do autor)

“Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

‘Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é numerus clausus, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas

Apesar de Lewandowski compreender não ser possível a equiparação entre união estável heterossexual e união homoafetiva, também compreende que esta última deveria ser juridicamente regulada, havendo, portanto, uma lacuna, que deve ser preenchida por analogia ao instituto jurídico que mais se aproxima da união homoafetiva. É dessa forma que Lewandowski entende que a união homoafetiva deve ser regulada, pela criação de um instituto jurídico separado, diferente da união estável, embora semelhante.

Em reafirmação a seu argumento de que haveria uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro considera que o art. 226 da Constituição de 1988 apresenta apenas um rol exemplificativo de entidades familiares, e não um rol taxativo, que impossibilitaria o reconhecimento de outras entidades familiares. Assim, baseando-se também no princípio de igualdade, Lewandowski

constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente’.

Tal é, também, o abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem

‘A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo ‘também’ nela contido. ‘Também’ tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.’

Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

‘(...) a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a ‘base da sociedade’, tendo ‘especial proteção do Estado’, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.’

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.” (p. 2166-2168, grifo do autor)

“O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, 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 familiar.

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável

afirma que a união homoafetiva é uma entidade familiar como todas as outras, embora possua especificidades.

Novamente, Lewandowski ressalta a necessidade de o STF atuar de forma a regular uma realidade até então juridicamente ignorada, que é a união homoafetiva. No entanto, ele ressalta que essa regulação deve ser compreendida como provisória, que durará apenas até que o Congresso Nacional, em exercício do Poder Legislativo ofereça a devida regulação à união homoafetiva.

entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual ‘*o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata*’. Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.” (p. 2169-2170, grifo do autor)

Ministro Joaquim Barbosa

“Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como **BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY.**” (p. 2174, grifo do autor)

O Ministro compreende como papel do STF neste caso funcionar como um canal de comunicação entre o direito e a sociedade, de que as instituições jurídicas possam acompanhar as mudanças sociais.

“Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.” (p. 2175)

Nesse ponto, Joaquim Barbosa avalia a necessidade de atuação do STF no caso para atender uma demanda de reconhecimento jurídico, de expansão da esfera de reconhecimento do direito de forma a proteger a relação homoafetiva. Ele identifica que essa é uma demanda colocada pela luta dos grupos homossexuais, que não se restringe apenas ao reconhecimento de estima social às relações homoafetivas, mas abrange a expansão do direito.

“Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as conseqüências jurídicas e materiais daí decorrentes?

Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica **pallette** axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.

Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.” (p. 2175-2176, grifo do autor)

O Ministro questiona se o texto constitucional teria a intenção de hostilizar e excluir as relações homossexuais de seu âmbito de proteção. Ele destaca que, a partir de uma interpretação conjunta de outras normas e princípios, deve-se entender que a Constituição de 1988 tem caráter inclusivo e não-discriminatório e, por isso, deve ser interpretada de modo a compreender a inclusão de novos direitos.

“No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

[...]

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer ‘antipáticas’ aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.*

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de ‘condições políticas’ para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar ‘correções’ à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que **a própria Constituição** aponta para outra direção, construir decisões ‘legiferantes’.

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’, com um argumento kelseniano do tipo ‘o que não é proibido é permitido’ (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões* [...]. E o que dizer da ‘discriminação’ entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por ‘indivíduos’? E assim por diante...!

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panacéia para todos os males, mormente de ‘omissões’ (sic) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto*. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que ‘devemos levar o texto a sério’. Sem texto não há normas; não há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado ‘b’ da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente, como se ‘por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete’. A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legalconstitucional. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a ‘colmatar’ a ‘inconstitucionalidade da Constituição’.

No trecho em destaque, o Ministro apresenta argumentos contra a utilização da chamada *interpretação conforme à constituição*, uma vez que o art. 1723 do Código Civil seria uma reprodução do art. 226, § 3º da Constituição de 1988, não cabendo, portanto, outras possibilidades de interpretação para além da que foi textualmente exposta pelos próprios dispositivos. Caso o STF decida pelo contrário, estaria atuando em função legiferante e, assim, usurpando função específica do Poder Legislativo.

Em vários momentos, Gilmar Mendes demonstra preocupação com o rumo legiferante que o julgamento em tela foi tomando, sob o argumento de que não se estaria prevendo todas as consequências jurídicas da equiparação da união homoafetiva à união estável.

Importante ressaltar que o Ministro utiliza trecho de texto de Lenio Streck em que o jurista apresenta argumentos restritivos quanto ao reconhecimento da união homoafetiva, alegando que o art. 226, § 3º da Constituição deve ser interpretado de forma restritiva, isto é, de maneira a não permitir outras formas de união estável que não sejam estritamente aquela estabelecida entre homem e mulher, e que o princípio de dignidade não deve ser usado de forma a justificar qualquer atitude do STF no sentido contrário à interpretação restritiva, como se as discriminações arbitrárias a que homossexuais são submetidos e a omissão de diversas instituições estatais quanto à modificação dessa situação não fossem razão suficiente para justificar uma atuação positiva do STF no sentido de reconhecimento da união homoafetiva.

(STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 3 maio 2011)

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo.

E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

[...]

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excluyente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas com suporte em outros princípios constitucionais.” (p. 2212-2217, grifo do autor)

“É sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a

Ainda falando sobre a atuação interpretativa-positiva do STF, Gilmar Mendes esclarece que não é contra essa forma de atuar, uma vez que o Tribunal foi provocado em razão de omissão do Poder Legislativo e, assim, a resposta deverá ser positiva. No entanto, como já afirmado por ele, esse é um papel provisório, pois espera que o Congresso Nacional legisle sobre a união homoafetiva.

resposta só poderá ser de caráter positivo.

É certo que essa própria afirmação já envolve certo engodo metodológico. Eu diria que até a fórmula puramente anulatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo*, um modelo jurídico contrário à posição que estava anteriormente em vigor.” (p. 2218)

“É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.**” (p. 2229-2230, grifo do autor)

“Ocorre que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção e sua proteção, que permita a institucionalização dessa relação social, acaba contribuindo para restrições indevidas e para um quadro de discriminação. Não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Nesse ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrimos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado:

‘§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.

Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.” (p. 2231-2232)

“Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição.

É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado.

Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da

Nesse ponto, o Ministro justifica a atuação positiva do STF por se tratar de proteção a direitos de minoria que têm sido violados. Assim, não se trataria de *ativismo judicial*, mas de cumprimento das funções institucionais do Tribunal.

Nesse trecho, o Ministro volta a defender que o exercício interpretativo do STF encontra limites objetivos, não podendo ir além daquilo que está explicitamente exposto no texto da norma. Sendo assim, a união estável prevista no art 226, § 3º da Constituição de 1988, só pode ser estabelecida entre homem e mulher.

Gilmar Mendes volta a reconhecer que se está diante da necessidade de se garantir direitos fundamentais de minoria que vêm sendo sistematicamente violados. Tal fato ensejaria um dever de proteção a ser desempenhado pelo STF, o que justificaria sua atuação positiva.

não discriminação por razão de opção sexual.

Daí decorre, então, um **dever de proteção**. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

Quanto à concretização desse dever de proteção, o que se percebe é o seu contínuo esvaziamento, dada a ausência de um modelo legalmente institucionalizado e estabelecido pelo Poder Legislativo, o que também desestimula uma ação efetiva do Poder Executivo e, por vezes, serve de fundamento para a negativa de inúmeras demandas administrativas.” (p. 2232, grifo do autor)

“Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta rememorar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa.” (p. 2240, grifo do autor)

“Passo a analisar outro aspecto que me parece importante de ser mencionado para a solução deste caso – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões.

É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.” (p. 2243, grifo do autor)

“A propósito, anota Häberle de forma muito clara:

‘O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor’ (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3).

Ainda nessa linha, observa Häberle que, *‘para o estado de liberdade da res publica afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas’*. Daí ensinar que *‘não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas’* (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 6).

Gilmar Mendes manifesta sua preocupação por ver o STF estar a ponto de equiparar a união homoafetiva à união estável sem, supostamente, refletir sobre suas consequências. Novamente, ele ressalta que o Legislativo deverá regular a situação.

O Ministro defende a aplicação da analogia ao caso em questão, de forma a aproximar a união homoafetiva do instituto jurídico que mais se parece com ela. Gilmar Mendes faz a ressalva de que a analogia permitiria aplicar à união homoafetiva apenas o que for possível. Assim, havendo diferenças entre a união e o instituto que lhe é mais próximo, aplica-se apenas o que há de comum em ambos.

Levando em consideração a questão que se coloca quanto ao reconhecimento da união homoafetiva numa sociedade plural, Gilmar Mendes propõe que se interprete a Constituição segundo o *pensamento jurídico do possível*: leva-se em consideração a realidade e as novas necessidades que dela surgiram, colocando-se em discussão uma série de alternativas para a solução da controvérsia criada, decidindo-se, por fim, pela alternativa que apresenta maior potencial de realização.

Embora se possa questionar qual seria a metodologia que permitiria enxergar essa possibilidade de realização futura (questão que o Ministro não se faz), devemos compreender esse argumento dentro do contexto dos demais argumentos levantados por Gilmar

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

[...]

Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.” (p. 2246, 2251-2252, grifo do autor)

“Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados. Neste ponto, ressalto uma passagem muito expressiva à qual já fiz menção quando discutimos o caso das células-tronco, a respeito do ensinamento de Robert Alexy, quando diz que ‘*o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional o representa argumentativamente*’. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

‘O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do

Mendes, especialmente em relação ao uso da analogia. O que ele deseja é justificar seu uso para o caso em questão, uma vez que realiza-se a analogia com dispositivos normativos já existentes que tratam de situações semelhantes e, assim, não seria possível que a interpretação vá além daquilo que já está explicitamente positivado no ordenamento jurídico.

Gilmar Mendes volta a justificar a atuação do STF neste caso, em razão da obrigação de proteger do Estado, atribuível ao próprio Tribunal, uma vez que ele também teria função representativa e contramajoritária, impedindo que interesses e demandas não acolhidas pelas maiorias legislativas sejam simplesmente desprezadas e que situações de violação permaneçam. Embora o Ministro apresente uma compreensão bastante progressista quanto à função do STF, inclusive por reconhecer-lhe um caráter representativo e contramajoritário, sua decisão final é bastante restritiva, possibilitando que discriminações e violações de direitos de homossexuais permaneçam.

tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados'. (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.)” (p. 2255-2257, grifo do autor)

Ministro Marco Aurélio

“No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (Os pontos de vista estão expressos nas obras seguintes: H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963 e Patrick Devlin, *The enforcement of morals*, 1966).

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?

Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências

Marco Aurélio menciona interessante controvérsia ocorrida na Inglaterra quanto à possibilidade de o direito proteger uma moralidade coletiva predominante na sociedade, ou proteger valores que permitam uma pluralidade de comportamentos sem atribuir predominância a nenhum deles. Em concordância com o citado L. A. Hart, o Ministro defende que a orientação sexual pertence a um âmbito de privacidade livre de intervenções estatais, que a liberdade é valor que não deve ser subestimado em relação a outros e que intervenções estatais na sexualidade de uma pessoa acarretam-lhe danos. Sendo assim, caberia ao Estado proteger esse âmbito de individualidade.

Ainda sobre as relações entre direito e moral, sobre como o direito deve ser interpretado e aplicado em relação à moral, Marco Aurélio diz que o sistema jurídico não pode se submeter a preceitos morais, tampouco deve ser independente deles. O Ministro propõe que haja um diálogo entre direito e moral. Ao realizar esse diagnóstico e essa proposição, Marco Aurélio parece pressupor a possibilidade de separação entre as duas esferas. Na verdade, o que se deve propor é que o direito, sua interpretação e prática não se fundamentem em valores morais de forma a excluir outros valores morais, mas que possibilite a expressão de inúmeros outros.

Aplicando a idéia de não-sobreposição entre direito e moral ao caso em questão, o Ministro compreende que o reconhecimento da união homoafetiva tem sido retardado por influência de uma moral excludente no Congresso Nacional, mas que o Judiciário pode

emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In *Enciclopédia do Holocausto, United States Holocaust Museum*, disponível em <http://www.ushmm.org/>). A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o ‘pecado nefando’ que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados ‘crimes contra os costumes’, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na

promover esse reconhecimento por meio do art. 226 da Constituição de 1988.

tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.” (p. 2261-2264)

“No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da ‘Lei da Ficha Limpa’ às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso ‘Cláusula de Barreira’.

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêuticointerpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação

Na conclusão de sua argumentação, o Ministro ressalta o caráter contramajoritário com o qual direitos fundamentais devem ser interpretados e que deve guiar a atuação do STF, bem como o método integrativo de interpretação do texto constitucional. Assim, os princípios de igualdade e dignidade são utilizados por Marco Aurélio para equiparar a união homoafetiva à união estável, reconhecendo a ambos os mesmos direitos e deveres. Marco Aurélio posiciona-se contrariamente aos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski ao dizer que não há *silêncio eloquente* no art. 226, § 3º da Constituição de 1988, argumento utilizado para interpretar o referido dispositivo normativo de forma restritiva. Por fim, Marco Aurélio conclui pelo pleno reconhecimento da união homoafetiva como forma de união estável.

constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.” (p. 2271-2273)

Ministro Celso de Mello

“**Incumbe, por isso mesmo, a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento – que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica -, **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.” (p. 2285, grifo do autor)

Diante de uma situação de violação de direitos fundamentais em razão de tratamento discriminatório, a proteção e garantia dos princípios de liberdade, igualdade e não-discriminação apresentam-se como obrigações a serem cumpridas pelo STF, de forma a se procurar garantir uma sociedade democrática.

“**Cabe enfatizar, presentes tais razões**, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários** expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e **que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida, por efeito** de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição e **de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando grupos majoritários, por exemplo, atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaíaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (‘Judiciário e Minorias’, ‘in’ Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

‘A Constituição *verdadeiramente* democrática **há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.**

[...]

Desse modo, e para que o regime democrático *não se reduza* a uma

Uma das principais justificativas para que o STF atue num caso como este em questão é sua função contramajoritária de proteção de direitos de *minorias* contra arbitrariedades de maiorias, fato que é fundamento legitimador do Estado Democrático de Direito, coerente com uma concepção *material de democracia constitucional*.

categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar**, às *minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais *em favor das minorias*, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, ‘Fundamentos de Direito Constitucional’, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.” (p. 2300-2301, 2304-2305, grifo do autor)

“IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República

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

Práticas de ativismo judicial, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

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

[...]

O desprestígio da Constituição - *por inércia* de órgãos meramente constituídos - **representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional**, **pois** reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado, que **não tolera**, *porque inadmissível*, o desrespeito, *pela maioria*, dos direitos e interesses **de grupos**

Argumentando contra acusações de que o STF estaria adotando uma postura de ativismo judicial ao equiparar a união homoafetiva à união estável, Celso de Mello defende que a omissão do Estado brasileiro quanto à garantia de direitos fundamentais legitima o Tribunal a reconhecer direito fundamental ainda não reconhecido – e, por isso, violado – no ordenamento jurídico nacional. Ele compreende que o STF está numa posição de protagonismo e assim deve agir, por ser também seu dever.

minoritários.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, **fortalecido** pelo *monopólio da última palavra de que dispõe* o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), *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.

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal *está a proferir neste* julgamento, **que representa verdadeiro marco histórico** no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da *minoría homosexual* em nosso País. *Torna-se de vital importância reconhecer*, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal** - *que é o guardião* da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte – **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 conseqüente 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. (p. 2318-2322, grifo do autor)

Ministro Cezar Peluso

“Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as conseqüências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis.

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia – pensamento estritamente pessoal –, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito penoso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

[...]

Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.” (p. 2326-2328)

O Ministro manifesta preocupação quanto à atuação do STF neste caso, pois supostamente estaria decidindo pela equiparação entre união homoafetiva e união estável sem ter condições de prever as conseqüências da decisão. Sendo assim, segundo Cezar Peluso, o Congresso Nacional deveria agir prontamente de maneira a disciplinar todas as situações decorrentes desse reconhecimento. Embora o Ministro reconheça que se está diante de flagrante violação de direitos fundamentais, este parece um chamado ao Legislativo para que impeça a conversão da união homoafetiva em casamento e a adoção por parceiros homossexuais.

Tabela 05 - Normatização de identidades e comportamentos

Ayres Britto	
Trecho destacado	Análise
<p>“[...] apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da <i>união estável entre pessoas do mesmo sexo</i>, com todos os seus consectários jurídicos.” (p. 2078, grifo nosso)</p>	<p>O Ministro parece restringir a união estável a identidades sexuais. Ao não se referir à identidade de gênero, parece excluir pessoas que se identificam com o gênero que não corresponde a seu sexo segundo o padrão heterossexual. Assim, travestis poderiam permanecer excluídas do direito de celebrar união estável, por exemplo.</p>
<p>“[...] nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.” (p. 2080, grifo do autor)</p>	<p>Nesse trecho, o Ministro estabelece critérios para o reconhecimento de uma <i>união homoafetiva</i>, sendo eles os mesmos da união estável entre heterossexuais. Sugere-se uma transposição de uma forma de relacionamento heterossexual que seria idealmente duradoura e pública.</p>
<p>“Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo ‘homoafetividade’, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra <i>‘União Homossexual, o Preconceito e a Justiça’</i>, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: <i>‘Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais’</i> (Homoafetividade: um novo substantivo)”.</p> <p>22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do ‘Dicionário Aurélio’. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u’a [<i>sic</i>] mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, ‘quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia’. É a categoria do</p>	<p>Esse trecho normatiza a <i>união homoafetiva</i>, essa forma regulada de <i>homoafetivos</i> se relacionarem, criada para substituir uma outra forma socialmente reprimida e repudiada: a dos homossexuais. Trata-se de uma tentativa de adequação do comportamento <i>homo</i> àquilo que se imagina idealmente em um relacionamento <i>hetero</i>: durabilidade temporal, estabilidade e a constituição de uma família. Assim, exclui-se a possibilidade de se ter juridicamente reconhecidas as formas de relacionamento que não se adequem a este formato.</p> <p>Por outro lado, pode-se considerar como avanço a retirada do caráter empresarial, patrimonial da união, embora se argumente que ela permaneça como de âmbito privado.</p>

afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **‘O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante’**” (p. 2080-2081, grifo do autor)

“Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade* [...]” (p. 2081, grifo do autor)

O Ministro cria um nome para uma suposta forma de relação afetiva entre heterossexuais, também restringindo-lhes a possibilidade de terem juridicamente reconhecidos os relacionamentos que não se caracterizem assim.

“[...] a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º. O artigo, versante sobre os ‘objetivos fundamentais’ da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra ‘sexo’ para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher. [...]

Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.” (p. 2081-2082, grifo do autor)

Dessa vez, o Ministro trata a sexualidade – e não apenas a homoafetividade – de maneira biologizada, animalizada, como se o sexo fosse um dado da natureza.

“[...] isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

29. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de ‘sexo’. **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado. Mas ‘sexo’ ou ‘aparelho sexual’ como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjugação carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas. “Instinto sexual ou libido”, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas ‘fisiológicas’ de todo indivíduo.**

De fato, o trecho destacado demonstra que Britto entende o sexo como um dado empírico, natural. Decorre daí que a sexualidade, ou a manifestação do desejo sexual, ou da *preferência* ou *orientação sexual* seria algo instintivo, inato, suposto fato que seria evidente, segundo a observação do Ministro.

[...] Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a ‘preferência’ ou ‘orientação’ de cada qual das pessoas naturais. Evidente!”

“De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (‘textos normativos’, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família 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 homoafetivos.** Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). [...] sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do nãoatrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou 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 tricotômica.**

[...]

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. [...] Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

43. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”)**. Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de ‘comum unidade’. [...] Afinal, é no regaço da família que desabrocham

Ao contrário do que predominou na definição de sexo, sexualidade e homoafetividade, a família para Britto é um *fato cultural*, não um dado da natureza, biológico. Trata-se de uma instituição de caráter privado que, nem por isso, deve deixar de receber intervenções estatais. Pelo contrário, a família recebe *proteção especial* por parte do Estado. Não obstante, interessante notar que o Ministro reconhece que a família pode ter várias formações dependendo do contexto em que estiver inserida e, assim, não pode ser restrita à família formada por casais *heteroafetivos*, devendo englobar também os *homoafetivos*.

Apesar de Britto demonstrar uma compreensão sócio-histórica de família, continua sustentando uma concepção idealizada, em que a família é espaço de carinho, felicidade, de relações de confiança em que a pessoa desenvolve virtudes necessárias à convivência em sociedade.

com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spozista de que, ‘Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender’.” (p. 2095-2098)

Ministro Luiz Fux

“A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **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 propria*, 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. (Pre)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.” (p. 2117-2118, grifo do autor)

“E talvez, na premissa de todos esses direitos que nós passamos a analisar, esteja o direito ora **sub judice**, o direito de ser. Tudo quanto se pede aqui é que haja jurisdição no modo de ser.

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais.

Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família?” (p. 2136, grifo do autor)

“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 fundamentais**.

O que, então, caracteriza, **do ponto de vista ontológico**, uma **família**? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um

O Ministro exclui a possibilidade de alguém optar, desejar ser homossexual. A homossexualidade é tratada como uma característica inata, inescapável, cuja *culpa* não pode ser atribuída ao homossexual. Prova disso seria a suposta impossibilidade de alguém, por vontade própria, passar por todo o suposto martírio que atingiria homossexuais. Segundo o Ministro, não valeria a pena tamanho sacrifício.

Já em aditamento a seu voto, Fux retoma sua definição utilizando a palavra *homossexualismo*, sem parecer se dar conta de que se trata de uma palavra em desuso há anos, justamente por trazer um significado de enfermidade, que tanto se tenta combater, inclusive, ele. Fux volta a afirmar categoricamente que a homossexualidade não é uma escolha, é um *modo de ser*, retirando a possibilidade de alguém voluntariamente desejar a homossexualidade para si.

O Ministro apresenta dois conceitos de família: um deles seria teleológico, definido a partir da finalidade da família, que seria a proteção e desenvolvimento intrafamiliar dos direitos fundamentais; outro conceito seria ontológico, definido não a partir dos membros que compõem a família, mas pela relação de amor, pela comunhão de idéias e projetos e pelo vínculo identitário entre seus membros.

No aditamento a seu voto, Fux volta a ressaltar que o conceito de família deve ser compreendido dentro do contexto histórico em que se encontra. Assim, a realidade é que deve informar o conteúdo

vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.” (p. 2121-2122, grifo do autor)

desse conceito.

“Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem.

Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família.” (p. 2137)

“Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, v.g., o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.” (p. 2122, grifo do autor)

Nesse trecho, o Ministro realiza uma diferenciação entre casamento e união estável, sendo sua diferença básica a formalização específica do casamento que assegura desde sua constituição todos os direitos e deveres acordados entre as partes. Já a união estável dependeria da existência de provas da convivência pública e duradoura, por exemplo. Apesar da diferença, ambas são entidades familiares.

“Algumas observações, ao final, são necessárias. O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de *convivência contínua, duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar*. Evidentemente, o requisito da *publicidade* da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais.” (p. 2132-2133, grifo do autor)

Fux entende que as uniões *homoafetivas* devem cumprir os mesmos critérios das *heteroafetivas*, com exceção do critério de publicidade, que deve ser flexibilizado, em razão de especificidades da relação homoafetiva que, muitas vezes, ocorre de forma sigilosa, para evitar discriminação e outras formas de violência. O Ministro demonstra ter sensibilidade para reconhecer especificidades de uns e outros, algo pertinente à política de reconhecimento que ele defende.

Ministra Cármen Lúcia

“[...] a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual.” (p. 2147)

Apenas em dois pequenos trechos, a Ministra expressa o que ela entenderia por homossexualidade, referindo-se a ela, sem ser taxativa,

“E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí

incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.” (p. 2151)

como uma opção ou escolha. Embora o discurso político atual seja o de delimitar a homossexualidade como orientação sexual, não há elementos no texto que indiquem que a Ministra discorde da possibilidade de que o seja.

Ministro Ricardo Lewandowski

“De início, cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presentemente em vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a idéia de família ao instituto do casamento. Senão vejamos:

i) Constituição de 1937: ‘Art. 124. **A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. As famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.**’

ii) Constituição de 1946: ‘Art. 163. **A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.**’

iii) Constituição de 1967: ‘Art. 167. **A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.**’

iv) Emenda Constitucional 1/1969: ‘Art. 175. **A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos**’ (grifos meus). A vigente Carta Republicana, todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o faziam as anteriores.

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental.

Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Min. Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos:

‘Por esse mais largo espectro de inteligência da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil (‘O casamento é civil e gratuita a sua celebração’, conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de ‘entidade familiar’ é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como ‘união estável’ (‘Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de ‘família monoparental’, que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: ‘Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º).’

E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte:

*‘(...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o **tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições jurídicas para tanto** (grifos no original)’*

De tal entendimento, todavia, dissentiram, em parte, tanto o relator, Min. Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à época, integravam a egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato.

Após realizar uma retomada histórica dos conceitos de família previstos em todas as constituições brasileiras desde 1937 até a atualidade, o Ministro conclui que a união entre *pessoas do mesmo sexo* não pode ser enquadrada em nenhuma das formas de família previstas constitucionalmente, nem mesmo na união estável, pois ela exigiria – segundo sua interpretação – necessariamente a diversidade de *sexos*, isto é, uma união heterossexual.

No debate (BRASIL, 2011, p. 2171-2173) ocorrido logo após o término do voto de Lewandowski, os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia e Marco Aurélio alegaram que, ao utilizar trechos de decisões tomadas por eles, Lewandowski teria descontextualizado suas falas sobre o reconhecimento da união estável. De fato, ficou parecendo que os referidos Ministros adotaram definição muito restrita, como se eles compreendessem que a união estável pudesse ser estabelecida apenas entre homem e mulher, como se ela não pudesse ter nenhuma outra configuração. Aparentemente, o Ministro Lewandowski não concordou com a alegação dos colegas.

Nessa mesma linha, o Min. Menezes Direito assentou que *‘nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’ a uma situação de fato (...)’*.

Em idêntico diapasão manifestou-se a Min. Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que *‘a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento’*.

Tal como o Min. Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela *‘convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família’*, sempre *‘entre o homem e a mulher’* (grifei).

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união *‘entre o homem e a mulher’*, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que configuraria prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional - mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.” (p. 2159-2162, grifo do autor)

“Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

‘O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - *Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’*

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § °: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - *Isso é coação moral irresistível.*

O Ministro traz um trecho das notas taquigráficas da Assembléia Constituinte que elaborou e promulgou a Constituição de 1988, no qual há um breve debate sobre o artigo referente à união estável. Entre as falas dos Constituintes, há afirmações explicitamente discriminatórias e depreciativas sobre a homossexualidade, como a classificação de *malévola* a interpretação textual do artigo que possibilita a união estável entre homossexuais, contrastada com um texto constitucional por sua vez classificado como *austero*. Nesse trecho, os Constituintes não oferecem nenhuma justificativa para a exclusão da possibilidade de reconhecer o direito de homossexuais estabelecerem união estável, a não ser um ato de discriminação. Apenas o Constituinte Gerson Peres parece defender o reconhecimento,

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Concedo a palavra ao relator.*

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - *A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.*

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - *Sr. Presidente, estou de acordo.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).'*

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

[...]

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento.” (p. 2162-2164, grifo do autor)

“Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

[...]

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma ‘união estável homoafetiva’, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma ‘união homoafetiva estável’, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.” (p. 2169-2170, grifo do autor)

quando diz que a Inglaterra *já casa homem com homem*. Por fim, eles decidem pela aprovação de uma emenda elaborada por um Bispo que restringiria o estabelecimento da união estável entre homens e mulheres.

Lewandowski não realiza qualquer crítica à decisão tomada pelos Constituintes ou a seu fundamento discriminatório. Pelo contrário, o Ministro entende que não cabe ao STF interpretar o texto constitucional para além da pretensão expressa pelos Constituintes no momento de sua elaboração. Sendo assim, esse trecho dos debates da Constituinte torna-se dos principais fundamentos da decisão tomada por Lewandowski.

O Ministro conclui seu voto reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar a ser prevista no rol exemplificativo do art. 226 da Constituição de 1988, mas apartada da união estável, uma vez que esta última só poderia ser estabelecida entre homem e mulher, segundo sua interpretação. Assim, ele nomeia essa nova entidade familiar como *união homoafetiva estável*, e não como *união estável homoafetiva*. Assim, a união homoafetiva não é espécie de união estável, embora seja espécie de família. Lewandowski finaliza sua conclusão dizendo que aos dois institutos devem ser aplicadas as regras naquilo em que se assemelham, apenas. Naquilo em que diferem, isto é, na composição sexual dos parceiros, devem ser aplicadas regras específicas, próprias às suas especificidades, conforme o exigido pela regra da analogia. No entanto, Lewandowski não diz quais seriam essas regras a serem aplicadas de forma específica. Contudo, é possível inferir que o Ministro receia que as uniões homoafetivas venham a possuir os mesmos direitos da união estável heterossexual de adoção e de conversão da união em casamento.

Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro não apresentou nenhum

	argumento que prevesse de que forma determinadas condutas ou identidades deveriam ser normatizadas.
Ministro Gilmar Mendes	
<p>“Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.” (p. 2232)</p>	<p>Para o Ministro, a união estável só pode ser estabelecida entre homem e mulher, não havendo possibilidade de ela compreender outras formações.</p>
<p>“A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564 (julgado em 1º.10.2004), de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável. Transcrevo, mais uma vez, a ementa do referido julgado:</p> <p>‘REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.</p> <p>Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.</p> <p>Recurso a que se dá provimento’.</p> <p>Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.</p> <p>[...]</p> <p>Então, com base nesses fundamentos, naquela situação eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos, tendo em vista que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal. (p. 2241-2243)</p>	<p>O Ministro menciona uma situação em que ele mesmo usou da analogia para reconhecer uma relação homossexual estável. No entanto, esse reconhecimento ocorreu para que se restringisse um direito, o de elegibilidade. A relação foi reconhecida como estável para impedir a candidatura da parceira.</p>
<p>“Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidencie o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.</p> <p>Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.</p> <p>O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores</p>	<p>Na conclusão de seu voto, contrapondo-se explicitamente ao Ministro Ayres Britto, Gilmar Mendes reafirma sua opinião quanto à impossibilidade de equiparação da união homoafetiva à união estável. Ele supõe que a equiparação pode gerar <i>surpresas</i>, como, por exemplo, repercussões inesperadas quanto à conversão da união homoafetiva em casamento e também quanto à adoção. No entanto, no momento de reconhecer deveres e restrições, Gilmar Mendes equipara as uniões homoafetivas ao instituto da união estável, deixando aparentar ter adotado essa forma de interpretação com o único intuito de restringir o alcance do</p>

positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da **aplicação das regras de vedação ao nepotismo**, por exemplo. Em relação à **legislação eleitoral**, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua **repercussão no âmbito penal**.

Caberia aqui também indagar sobre a exigência de observância do princípio da reserva legal e a aplicabilidade de determinados tipos penais ao se reconhecer, desde logo, a equiparação acrítica e irrestrita da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável entre homem e mulher. Relembro, ainda, a discussão em torno da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.343/2006) para esses casos.

Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.” (p. 2252-2254, grifo do autor)

Ministro Marco Aurélio

“O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais

reconhecimento da união homoafetiva (àquele momento, já inevitável), de forma a dificultar sua conversão em casamento e a impossibilitar a adoção. Por fim, ele reconhece a união homoafetiva como entidade familiar análoga à união estável e, mais uma vez, clama ao Legislativo que regule a união homoafetiva, alegando que este é o Poder legítimo para prever todas as repercussões e especificidades da união homoafetiva.

Numa abordagem histórica do conceito jurídico de família, o Ministro demonstra como a heteronormatividade e o machismo patriarcal foram sendo questionados a ponto de se modificar gradualmente o conceito de família. Aos poucos, a família deixou de ser fundamentada numa perspectiva patrimonial e em

riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: ‘A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família’ (‘A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo’, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que ‘agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação’ (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.” (p. 2264-2265)

“Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto ‘instituição-fim em si mesmo’, para identificar nela a qualidade

objetivos de procriação.

O trecho em destaque demonstra uma normatização do conceito de família que leva em consideração o afeto e não o patrimônio, como se fazia antes da Constituição de 1988. Nesse novo conceito, família já não é um fim em si mesmo, mas é meio para garantia e exercício da dignidade de seus membros.

de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a ‘família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função’ (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.” (p. 2266)

“A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha.” (p. 2268)

Neste trecho, embora Marco Aurélio diga não saber sobre uma possível *causa* da homossexualidade, acaba demonstrando compreender que ela não pode ser objeto de escolha em nenhuma hipótese.

“Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.” (p. 2271)

“Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.” (p. 2273)

Interessante ressaltar que Marco Aurélio identifica a união homoafetiva tanto como união entre pessoas de *gênero igual*, como de *sexo igual*, sem fazer distinção entre o que seria *sexo* e o que seria *gênero*.

Ministro Celso de Mello

“IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar

[...]

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, ‘Teoria do Ordenamento Jurídico’, p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação *evidenciaria* a existência de ‘*silêncio eloquente*’, *capaz de comprometer* a interpretação exposta neste voto, **no sentido** de que a união estável homoafetiva **qualifica-se, constitucionalmente**, ‘*como entidade familiar*’ (CF, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO (‘Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais’, ‘in’ ‘Igualdade, Diferença e Direitos Humanos’, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), **cuj a lição, apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica** do art. 226, § 3º, da Constituição, **corretamente enuncia o exato sentido** da norma constitucional em referência:

‘Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual ‘para o

Para argumentar que o art. 226, § 3º da Constituição de 1988 deve ser interpretado de forma a reconhecer a união homoafetiva como uma das formas de família equiparável à união estável, o Ministro fundamenta-se na impossibilidade de se fechar as possibilidades de famílias e formas de união estável. O referido dispositivo normativo apenas exemplifica, mantendo as possibilidades abertas ao surgimento de novas configurações familiares na realidade a serem juridicamente reconhecidas.

efeito de proteção do Estado, **é reconhecida** a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, **pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando** o texto constitucional. **Contudo**, o argumento, que se apega **exclusivamente na literalidade** do texto, **não procede**.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, **em que pese** o seu caráter compromissório, **não é apenas** um amontado de normas isoladas. **Pelo contrário**, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, **em que cada um** dos elementos **deve ser compreendido** à luz dos demais. **A noção de sistema** traduz-se num importantíssimo **princípio** de hermenêutica constitucional, **que é o da unidade da Constituição**. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais **que desempenham** um valor mais destacado no sistema, **compondo** a sua estrutura básica. (...). **No caso brasileiro**, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. **O constituinte já tratou de fazê-lo** no Título I da Carta, **que se intitula exatamente** 'Dos Princípios Fundamentais'. **E é lá que vão ser recolhidas** as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: **princípios** da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, **dentre outros**.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - **como o nosso § 3º do art. 226 -**, **deve buscar a inclusão e não a exclusão** dos estigmatizados; **a emancipação** dos grupos vulneráveis **e não a perenização** do preconceito e da desigualdade.

(...) **Da leitura do enunciado normativo** reproduzido, **verifica-se** que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, **mas nada disse** sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, **silêncio eloqüente** da Constituição. **O fato** de que o texto **omitiu** qualquer alusão à união entre pessoas **do mesmo sexo não implica**, necessariamente, que a Constituição **não assegure** o seu reconhecimento.

.....
Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional **também não é compatível** com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, **segundo a qual** do referido preceito **decorreria**, 'a contrario sensu', **o banimento constitucional** da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito **foi inserido** no texto constitucional **no afã de proteger** os companheiros das uniões **não** matrimonializadas, **coroando um processo histórico** que teve início na jurisprudência cível, **e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito**. Por isso, **é um contra-senso interpretar** este dispositivo constitucional, **que se destina a 'inclusão'**, como uma cláusula de exclusão social, **que tenha** como efeito discriminar os homossexuais.' (grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, **por sua vez**, **expondo** esse mesmo entendimento **e ao também afastar** a objeção **fundada na estrita literalidade** do texto normativo inscrito **no § 3º** do art. 226 da Constituição (**que se refere** à união estável 'entre o homem e a mulher'), **expendeu**, a meu juízo, **considerações** que corretamente **enfatizam** que essa alusão **à diversidade** de gênero **'não traduz uma**

vedação de extensão **do mesmo** regime às relações homoafetivas’, pois – segundo assinala esse ilustre jurista –, ‘**Extraír desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento**’ (grifei).

E aduz, ainda, em seu douto magistério:

‘Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão ‘união estável entre o homem e a mulher’ importa, ‘a contrario sensu’, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.’ (grifei)” (p. 2292-2295, grifo do autor)

“**Isso significa** que a qualificação da união estável entre pessoas **do mesmo sexo como entidade familiar, desde** que presentes, **quanto a ela, os mesmos** requisitos inerentes à união estável **constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as **conjugualidades homoafetivas, por repousarem** a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, **hão de merecer o integral amparo** do Estado, **que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.” (p. 2312, grifo do autor)

O Ministro compreende que as uniões homoafetivas e as uniões estáveis heterossexuais fundamentam-se ambas em vínculos afetivos, solidários e no compartilhamento de projetos de vida. Sendo assim, as duas formas de união devem receber o mesmo tratamento.

“**Concluo** o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, julgo procedente** a presente ação constitucional, **para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, **como entidade familiar**, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos exigidos para a constituição da união estável **entre** homem e mulher, **além de também reconhecer, 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.” (p. 2322-2323, grifo do autor)

Na conclusão de seu voto, o Ministro decide pela equiparação da união homoafetiva à união estável heterossexual, igualando-as no que diz respeito a direitos e deveres.

Ministro Cezar Peluso

“Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso.” (p. 2325, grifo do autor)

O Ministro reconhece que se deve interpretar o art. 226, § 3º da Constituição de 1988 de forma aberta, possibilitando o reconhecimento de outras configurações familiares além das expressamente mencionadas no referido dispositivo normativo.

“E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênua para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a

Assim como Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso entende que se deve utilizar o método de interpretação analógico para se interpretar que, no art. 226, § 3º da Constituição de 1988, está incluída a união homoafetiva como configuração familiar diferente da união estável, pois haveria

mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas.

[...]

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.” (p. 2325-2326)

desigualdades entre essas duas formas de união que impossibilitariam sua equiparação. Segundo o Ministro, a distinção se deve em razão de a união estável ocorrer entre *homem e mulher* e a união homoafetiva ocorrer entre pessoas do mesmo *sexo*.

Tabela 06 - Heterossexualidade como norma compulsória em relação a comportamentos e desejos

Ministro Ayres Britto	
Trecho destacado	Análise
<p>“É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva”. (p. 2077, grifo do autor)</p>	<p>Ao utilizar a expressão <i>inclinação</i> para se referir à expressão da sexualidade de uma pessoa, o Ministro acaba reproduzindo uma noção de há determinadas formas de expressão que são duvidosas. A dúvida e o dissenso, o desconforto surgiriam do fato de ter um padrão como referência para o comportamento que, por sua vez, seria certo, confortável, incontestável.</p>
<p>“Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.” (p. 2078, grifo do autor)</p>	<p>Nesse trecho, o Ministro reconhece que as pessoas cujos comportamentos fogem à norma heterossexual são alvo de incômodos, controle e, conseqüentemente, restrições.</p>
Ministro Luiz Fux	
<p>“No caso em apreço, trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária [...]. [...] 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 – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população. [...] Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas <i>escolhessem</i> voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, <i>sponte propria</i>, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.” (p. 2116-2118, grifo do autor)</p>	<p>Embora Fux reconheça a homossexualidade como uma das possibilidades de auto-realização pessoal, não menos valorosa do que a heterossexualidade, ele fundamenta parte de seus argumentos no suposto fato de que homossexuais seriam uma minoria numérica e, por essa razão, sujeitos a diversos tipos de discriminação e violência. No entanto, não se trata de ser maioria ou minorianumérica. Na verdade, trata-se de se ter a heterossexualidade como norma, pela qual se desvaloriza outras formas de comportamento e desejo, fazendo aparentar que os <i>normais</i> são maioria, justamente para que sejam vistos como tal</p>

“De volta ao caso em apreço, 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. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.” (p. 2125-2126)

“O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norte-americana NANCY FRASER (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167) denomina ‘**política do reconhecimento**’, em que ‘[...] o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito [...]’. Especificamente sobre a injustiça perpetrada contra os homossexuais, a autora expõe, *verbis*:

[...] Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de status. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, ‘tratamentos’ psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. [...] (ob. cit., p. 173)”(p. 2126-2127, grifo do autor)

“E, sobre a política de reconhecimento, numa obra coletiva, a professora norte-americana Nancy Fraser, exatamente e especificamente contra a injustiça perpetrada contra os homossexuais, expõe:

Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma ‘sexualidade desprezada’, compreendida através do prisma da Concepção Weberiana de **status**. Nessa concepção: ‘(...) a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões

Interessante constatação do Ministro de que a homossexualidade é moralmente desprezada, sendo essa a razão de não ser mencionada no texto constitucional. Esse desprezo decorreria de se estar submetido a um *padrão moral pré-estabelecido*, que condicionaria as visões e percepções de mundo moralmente valiosas.

Para fundamentar seu argumento exposto no trecho anterior, o Ministro cita a política de reconhecimento como definida por Nancy Fraser para defender que não se deve trabalhar numa perspectiva de igualdade simples, mas de reconhecimento de diferenças que não devem ser desprezadas, mas sim, valorizadas pelo que são. Fux chega inclusive a mencionar trecho da obra de Fraser em que ela cita como exemplo de discriminação a atribuição de valores segundo o padrão heteronormativo, que necessariamente desvaloriza os comportamentos que fogem a esse padrão. Esse tipo de discriminação também estaria presente em normas que ignoram a existência da homossexualidade.

Novamente, Fux sustenta o reconhecimento jurídico da união *homoafetiva* baseando-se na *política de reconhecimento* definida por Fraser, identificando que a heteronormatividade gera hierarquizações arbitrárias que resultam em diversas formas de exclusão vivenciadas por homossexuais,

institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a *homossexualidade como perversa e desprezível*. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir.’

E sob esse enfoque, ontem, aqui da tribuna, foram lembrados momentos trágicos da história da civilização brasileira onde se tratava a homossexualidade não só através da violência simbólica, mas, o que é pior, da violência física perpetrada por várias gerações.

E continua, então, a professora americana:

‘Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, ‘tratamentos’ psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não reconhecimento.’

Esses danos são injustiça decorrente da não obediência desse princípio do reconhecimento, ou seja, injustiças decorrentes do não reconhecimento.” (p. 2140-2141, grifo do autor)

Ministra Cármen Lúcia

“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 pode ser desigualado 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’.” (p. 2152-2153, grifo do autor)

Ministro Ricardo Lewandowski

-

O Ministro não apresentou nenhum

argumento que colocasse em relevância a situação de discriminação arbitrária pela qual passam os homossexuais que justificaria menção neste quadro.

Ministro Joaquim Barbosa

“Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.” (p. 2174-2175)

Joaquim Barbosa destaca que homossexuais passam por diversas situações de discriminação, conforme o contexto social em que se encontram. Considerando a arbitrariedade dessas situações discriminatórias, não haveria qualquer razão para se distinguir entre relações afetivas heterossexuais e relações afetivas homossexuais.

Ministro Gilmar Mendes

“Nesse sentido, destaco que, segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos. O número pouco expressivo certamente não reflete a realidade – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida – muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro. Esse dado estatístico revela, ainda, que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil passa pelo enfrentamento de dificuldades de diversas ordens. Primeiramente, constata-se a ausência de regulamentação normativa específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas. Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses.” (p. 2219-2220)

O Ministro reconhece que homossexuais estão submetidos a situações discriminatórias, inclusive de caráter institucional (em razão da ausência de reconhecimento jurídico da união homoafetiva). No entanto, ele não localiza essa situação num contexto em que predomina o padrão heterossexual de comportamento.

“Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

O Ministro entende que a situação discriminatória e de desproteção em que homossexuais se encontram no Brasil é, em alguma medida, decorrente de omissão do Congresso Nacional.

[...]

A união homoafetiva, seus reflexos nas diversas searas jurídicas e outros assuntos conexos não parecem ter sido simplesmente esquecidos pelo Poder Legislativo. Ao contrário, depois do advento da Constituição de 1988 diversos projetos de lei e propostas de emendas à Constituição foram apresentados sobre o assunto. Entre essas diversas proposições legislativas, algumas foram arquivadas e outras tantas continuam em tramitação.

Ao analisar a atuação do Congresso no que diz respeito à garantia de direitos de homossexuais, Gilmar Mendes não a apresenta como inserida num contexto de discriminações sistemáticas, cometidas por Deputados e Senadores que impedem o trâmite e aprovação de projetos de lei e propostas de emendas constitucionais por razões de cunho meramente discriminatório. O Ministro expõe diversas tentativas de Parlamentares proporem projetos de lei e propostas de emenda constitucional

Um dos primeiros projetos que visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP). Trata-se do Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio

do qual se propunha assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, com vistas especialmente à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar, entre outros direitos.

Esse projeto de lei tratava da forma de registro civil da união, do reconhecimento daquelas não registradas, determinava que os entes federados disciplinassem a concessão de benefícios previdenciários aos seus servidores que comprovassem viver em união homoafetiva, a forma de rompimento da união civil, entre outras providências.

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil.

O Substitutivo mantinha boa parte da regulamentação anterior, trazendo, no entanto, a proibição a quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, além de disciplinar de maneira mais específica os direitos sucessórios dos parceiros, a instituição do bem de família na parceria civil, o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário do regime geral de Previdência Social como dependente e beneficiário de pensão, com reflexos tributários. Previu, ainda, a possibilidade de composição de rendas entre parceiros para a aquisição da casa própria, além de reconhecer direitos de parceiros a planos de saúde e a seguros de vida.

No entanto, a proposição sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi retirada de pauta em 31 de maio de 2001 e, posteriormente, arquivada.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy capitaneou a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 139/1995), que alterava os artigos 3º e 7º da Constituição, para, respectivamente, incluir, entre os objetivos de **promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade de orientação sexual, e proibir a diferenciação** salarial, de exercício de funções e critérios de admissão **por motivo de orientação sexual**. Essa PEC foi arquivada em 1999.

[...]

O PL n. 2.285/2007 (PT/BA), apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e assegura aos parceiros direitos à guarda e à convivência com filhos, à adoção de filhos, direitos previdenciários e à herança. Este projeto tramita em conjunto com o PL n. 674/2007, proposto pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que foi objeto de Substitutivo do Deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS), e vem recebendo inúmeras emendas, assim como vem sendo alvo de debates no âmbito das Comissões da Câmara dos Deputados.

O PL n. 4.508/2008, apresentado pelo Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL), tramita em conjunto com os mencionados no parágrafo acima e visa à proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais. No mesmo sentido, o PL n. 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA), cujo objeto é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais de mesmo sexo.

[...]

Como antes ressaltado, esse levantamento é ilustrativo e não tem a intenção de analisar exaustivamente as proposições sobre a matéria da

para assegurar direitos de homossexuais (como união estável, parceria civil, adoção e proibição de discriminação por orientação sexual), sendo que todas têm histórico de insucesso. A razão de seu fracasso é colocada por Gilmar Mendes como resultante de meras controvérsias políticas, como que num intuito de legitimar a atuação do Congresso Nacional.

Nem mesmo as propostas de Parlamentares que foram apresentadas com o intuito de restringir legalmente os direitos de homossexuais foram trabalhadas pelo Ministro como discriminatórias.

Ao fim de sua argumentação, o Ministro chega a afirmar que a atuação do Legislativo conforme o exposto geraria nos *interessados* (os homossexuais) uma *angústia natural* e um *sentimento de desproteção*, como se fosse *normal* passar pela situação de desrespeito institucional. Por fim, ele alega que a demora no trâmite legislativo deve-se à busca dos Parlamentares por uma *regulamentação satisfatória*, novamente sem reconhecer a situação discriminatória contra homossexuais.

união homoafetiva. No entanto, por meio desse exame, colhem-se indícios de que, apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação.

[...]

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade.” (p. 2220-2225, grifo do autor)

“No âmbito internacional, os países podem ser classificados em três grupos, de acordo com o tratamento jurídico concedido ao comportamento homossexual. Há os países *repressores*, que proíbem e punem o homossexualismo; os *indiferentes*, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados *avançados*, que possuem medidas para proteção da população homossexual (Cf. Fábio de Oliveira Vargas. União homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 99).

[...]

A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.

A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida.

Evidencia-se, ainda, haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão.” (p. 2226, 2229, grifo do autor)

“No Brasil, sobretudo no âmbito federal, é recente a manifestação mais explícita do Poder Executivo de fomentar a regulamentação e proteção de direitos que, de alguma forma, poderiam estar relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. De certa maneira, isso permite evidenciar a dificuldade da extensão de efeitos jurídicos ao reconhecimento da união homoafetiva, o que, de fato, tem se dado de forma gradual e segmentada.” (p. 2233)

“O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem.” (p. 2255)

Gilmar Mendes constrói uma gradação em relação à garantia de direitos a homossexuais, desde os países que reprimem a homossexualidade, passando pelos que lhe são supostamente indiferentes, até aqueles que seriam avançados por já terem tomado medidas que assegurariam os direitos de homossexuais. Inicialmente, devemos questionar essa suposta indiferença, quando a heterossexuais são assegurados direitos de forma expressa. Na verdade, não haveria situação de indiferença, mas de uma discriminação que pode ser implícita, velada, ou explícita.

Por fim, Gilmar Mendes volta a argumentar que o longo tempo que se leva para a regulamentação dos direitos de homossexuais se dá por sua suposta complexidade, o que demandaria muitas deliberações e discussões.

O Ministro parece esforçar-se em construir uma argumentação que retire o foco no preconceito como razão para demora ao reconhecimento dos direitos de homossexuais.

O Ministro reconhece agora, uma situação de discriminação institucional contra homossexuais no âmbito do Poder Executivo. Posteriormente, ele nomeia diversos atos administrativos, sendo que uns avançaram na garantia de direitos de homossexuais, outros não.

Já na conclusão de seu voto, o Ministro reconhece que a situação de não-reconhecimento jurídico de direitos de homossexuais é algo que reforça o estigma e a discriminação contra essas

Ministro Marco Aurélio

“Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado ‘A igualdade é colorida’, publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo, fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.” (p. 2260-2261)

O Ministro reconhece que o cotidiano de homossexuais é permeado por discriminações e violências diversas, decorrentes de uma moralidade predominante que não consegue compreender a homossexualidade e a ignora. Ele reconhece também que as lutas pelo reconhecimento de homossexuais têm crescido e promovido avanços.

Ministro Celso de Mello**“II. A repressão ao ‘pecado nefando’: do ‘Liber Terribilis’ das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar**

Se *revisitarmos* a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e *analisarmos* as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, **conhecido** como ‘*liber terribilis*’, **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa)** com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

É interessante observar que as *Ordenações do Reino* – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas por evidente hostilidade** aos atos de sodomia, **também** qualificada como ‘*pecado nefando*’ (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, **como** ‘*cousa indigna de se exprimir com palavras: coisa da qual não se pode falar sem vergonha*’, **cominaram sanções gravíssimas** que viabilizavam, até mesmo, a imposição do ‘*supplicium extremum*’ **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por ‘*desviantes*’, **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, em *Dissertação* de Mestrado (‘**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**’, Niterói, UFF, 2010)

[...]

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa **promoveu** contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, **intensificou-se, ainda mais, com o processo** de expansão colonial lusitana, **a ponto** de el-Rei D. Sebastião, **preocupado** com as relações homossexuais **entre** portugueses e os povos por estes conquistados, **haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala** o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT (‘**Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial**’).

Naquela fase de nosso processo histórico, **no entanto, não foram apenas** as autoridades *seculares* que dispensaram esse *duríssimo* tratamento aos homossexuais. **Também a Igreja, a partir** de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra ‘*Confissões da*

A partir de uma perspectiva histórica (que abrange o período colonial brasileiro até os dias atuais), o Ministro relata e analisa de que forma a legislação vem reprimindo explicitamente – inclusive com pena privativa de liberdade e, no período colonial, com castigos corporais e pena de morte – a manifestação de relações homossexuais no Brasil. Atualmente, Celso de Mello ressalta o art. 235 do Código Penal Militar, que prevê pena de privação de liberdade para a prática de relações homossexuais em instituições militares.

Bahia’), **reprimiu-os e puniu-os, severamente**, em nosso País, **como se vê** dos documentos que registram a atuação *do Santo Ofício* no Brasil, **como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente**, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, **consoante relata** MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO (*‘A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil’*)

[...]

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, *desde* os pródromos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo *da mais cruel* das repressões (LUIZ MOTT, **‘Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome’**), **experimentando, desde então**, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos *que jamais se despojaram* da eiva do preconceito e da discriminação, **como resulta claro** da punição (**pena de prisão**) imposta, *ainda hoje*, por legislação especial, **que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito** das organizações castrenses (CPM, art. 235), **o que tem levado alguns** autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, **‘Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM’**, *in* ‘Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, **‘Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?’**, *v.g.*) **a sustentar a inconstitucionalidade material** de referida cláusula de tipificação penal, *não obstante* precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).” (p. 2277-2284, grifo do autor)

“Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, **refiro-me**, de modo particular, **àquele produzido** pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** *‘parcela minoritária (...) da população’*, **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE **coligiu** no Censo/2010 **e que registram a existência declarada**, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão *talvez explique* a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, *certamente influenciado* por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, *no que se refere* à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete, gravemente**, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não tolera nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o *princípio majoritário* **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade e da liberdade, **sob pena** de descaracterização

Ao destacar a função contramajoritária do STF, o Ministro reconhece que há uma situação de sujeição de homossexuais a um padrão valorativo-comportamental heterossexual. Reconhece também que o Tribunal deve agir de maneira a modificar essa situação de sujeição.

da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. **É por isso** que tenho *por inteiramente procedentes as observações* que fez, **em precisa abordagem** do tema, **o Grupo** Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

‘O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o Poder Legislativo - representando a maioria da população brasileira - exclui, marginaliza e diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), nem a maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.” (p. 2296-2299, grifo do autor)

Ministro Cezar Peluso

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância a situação de discriminação arbitrária pela qual passam os homossexuais que justificaria menção neste quadro.

Tabela 07 - Direito de participação em discussões públicas

Ministro Ayres Britto	
Trecho destacado	Análise
<p>“Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 <i>amici curiae</i>. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor.” (p. 2074)</p>	<p>O Ministro aparenta reconhecer a necessidade de se chamar aqueles sobre quem se fala no julgamento para participarem da formação da decisão final. Aparenta também ter levado em consideração os argumentos colocados pelas doze entidades que se colocaram como favoráveis ao reconhecimento da <i>união homoafetiva</i>.</p>
Ministro Luiz Fux	
<p>“Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos <i>amici curiae</i>, é a seguinte [...]” (p. 2117, grifo do autor)</p>	<p>O Ministro afirma ter levado em consideração os argumentos expressos pelos <i>amici curiae</i> que se apresentaram favoráveis ao reconhecimento da <i>união homoafetiva</i>.</p>
<p>“Entretanto, à luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna, e eu queria pedir vênias a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que conseguiu demonstrar exatamente aquilo que Piero Calamandrei, na sua obra ‘Nós, os juízes’, afirma de forma muito singular o que distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com a paixão e o magistrado trabalha, em regra, com a razão. Mas também costume dizer que, por debaixo da nossa toga - não é Ministro Ayres? - também bate o coração de um homem.” (p. 2134)</p>	<p>Mais uma vez, o Ministro aparenta reconhecer a importância da participação dos <i>amici curiae</i>. No entanto, parece que essa participação repercutiu muito mais emocionalmente no julgamento (fato que, inclusive, o levou a desejar se pronunciar em um aditamento a seu voto) do que nos argumentos técnicos levantados. Além disso, nesse trecho, o Ministro dialoga explicitamente com o advogado representante do Governo do Estado do Rio de Janeiro, não com os representantes dos <i>amici curiae</i>, dentre os quais há entidades públicas e da sociedade civil de defesa dos direitos de LGBT.</p>
<p>“De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo. Isso me fez lembrar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos. Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida. Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua</p>	<p>Este é um trecho exemplar de como <i>homoafetivos</i> são colocados como o <i>outro</i>, o <i>diferente</i> daquele quem profere a fala, o que sugere que os Ministro agem apartados independentes desse <i>outro</i>. Fux realiza uma abordagem explicitamente paternalista ao dizer que ele e seus colegas de STF <i>darão, concederão</i> um <i>projeto de felicidade</i> aos <i>homoafetivos</i>. Ainda, o diálogo é estabelecido entre Fux e o Ministro Ayres Britto, ignorando os <i>amici curiae</i> que passaram pelo julgamento em luta pelo reconhecimento do direito pleiteado.</p>

integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.” (p. 2143-2144)

Ministra Cármen Lúcia

“Senhor Presidente, Senhores Ministros, após os dois belos votos até aqui pronunciados – que eu cumprimento -, eu gostaria de, antes de iniciar, fazer uma referência aos advogados que assumiram a tribuna, em uma comprovação de que sem os advogados, como sem o Ministério Público, não há possibilidade de chegarmos a julgamentos com todas as peças e argumentos necessários para que busquemos aquilo que é o nosso objetivo: a realização da justiça material, a prestação da jurisdição.” (p. 2145)

A Ministra reconhece a relevância das contribuições colocadas pelos terceiros participantes do julgamento (inclusive, os *amici curiae*) para a formação da decisão do STF, embora esse reconhecimento seja realizado especialmente a advogados e ao Ministério Público.

Ministro Ricardo Lewandowski

“Senhor Presidente, principio cumprimentando os excelentes votos do Ministro Relator, do Ministro Fux e da Ministra Cármen Lúcia. Também cumprimento as belíssimas sustentações orais que foram feitas da tribuna, assim como o pronunciamento do douto Procurador-Geral da República.” (p. 2158)

O Ministro não fez menção relevante à participação dos *amici curiae*. Apenas proferiu um elogio, sem contextualizar qualquer argumentação colocada pelos representantes da sociedade civil.

Ministro Joaquim Barbosa

“Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo [...], tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso.

[...]

Assim, nessa ordem de idéias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso [...]”. (p. 2176-2177)

Os dois únicos momentos em que o Ministro menciona a participação de alguma pessoa no julgamento referem-se ao então advogado e professor Luís Roberto Barroso, que falou em representação ao Governo do Estado do Rio de Janeiro. Assim, Joaquim Barbosa parece não atribuir relevância à participação dos *amici curiae*.

Ministro Gilmar Mendes

“Senhor Presidente, eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional.

[...]

Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria.” (p. 2179-2180)

“Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae* [...]”. (p. 2217)

Em alguns trechos de seu voto, Gilmar Mendes demonstra reconhecer a importância da participação dos representantes da sociedade civil enquanto *amici curiae* e chega a estabelecer breves diálogos com as argumentações por eles expostas, mas não dá muitos indícios de que a formação de sua opinião tenha sido por eles influenciada.

Ministro Marco Aurélio

“Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (‘União entre pessoas do mesmo sexo’, *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.” (p. 2260)

Neste trecho, o Ministro menciona uma das entidades que participou do julgamento como *amicus curiae*, mas para se contrapor aos argumentos expressados por ela sobre a interpretação literal da Constituição. De qualquer forma, é um reconhecimento da importância da participação da sociedade civil no julgamento.

Ministro Celso de Mello

“I. A intervenção do ‘amicus curiae’: fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

O Ministro ressalta a relevância da participação dos *amici curiae* para atribuir legitimidade às decisões proferidas pelo STF, por torná-las representativas do pluralismo social e democratizar o acesso ao

Com a efetiva atuação das partes e, *ainda, com a intervenção de diversas* entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e **permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação** da grave questão **pertinente** à *legitimidade democrática* das decisões **emanadas** desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, ‘A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira’, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, ‘Tribunal e Jurisdição Constitucional’, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, ‘Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais’, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, ‘Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?’, 2010, Saraiva, v.g.), **quando no exercício** de seu *extraordinário poder* de efetuar, *em abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **qualifica-se** – *tal como salienta* o eminente Ministro GILMAR MENDES (‘Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade’, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) – **como** ‘mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional’, *em ordem a pluralizar, em abordagem* que deriva da *abertura material* da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, ‘As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro’, ‘in’ RDA 211/125-134, 133), **conferindo-se, desse modo, expressão** real e efetiva ao princípio democrático, **tudo** para que **não** se instaure, **no âmbito** do controle normativo abstrato, **um indesejável deficit** de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal **profere** no exercício, *em abstrato*, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

É, portanto, nesse papel de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando, de um lado, a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (*bem assim* os valores essenciais e relevantes ora em exame), **e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou, com especial destaque* para grupos minoritários, **a possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem *alternativas* para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.” (p. 2274-2276, grifo do autor)

“[...] **notável lição** ministrada pela eminente Desembargadora, **hoje** ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS (‘União Homossexual: O Preconceito & a Justiça’ [...]).” (p. 2289, grifo do autor)

Tribunal.

Nos trechos em destaque, o Ministro faz referência expressa a Maria Berenice Dias e Paulo R. Iotti Vecchiatti, duas pessoas que se apresentaram como *amici curiae*. No entanto, a referência é feita não em função da participação dessas pessoas no

“O **eminente** Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, *por sua vez*, **expondo** esse *mesmo* entendimento [...]”. (p. 2294, grifo do autor)

“**Em um dos memoriais** apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, **refiro-me**, de modo particular, **àquele produzido** pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito [...]”. (p. 2296-2297, grifo do autor)

“[...] **valendo destacar**, em razão de sua extrema pertinência, a **ênfase** que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (‘Manual da Homoafetividade’ [...])”. (p. 2314, grifo do autor)

juízo, mas em razão de suas atividades individualmente realizadas na produção doutrinária sobre o tema da união homoafetiva.

Outra pessoa mencionada no voto de Celso de Mello é o advogado (e atual Ministro do STF) que representava o Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Apenas um grupo que se apresentou na qualidade de *amicus curiae* é expressamente trazido ao voto de Celso de Mello – o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual – em razão da contribuição trazida por seus argumentos.

Ministro Cezar Peluso

O Ministro não fez menção relevante à participação dos amici curiae.

Tabela 08 - Reconhecimento de afeto como constitutivo de relações homossexuais, sejam elas familiares ou não

Ministro Ayres Britto	
Trecho destacado	Análise
“Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento.” (p. 2074)	Ao interpretar os argumentos colocados por <i>amici curiae</i> , o Ministro acaba definindo a homoafetividade como mera forma de <i>contato corporal</i> e <i>acasalamento</i> , palavra comumente usada para definir o coito entre animais. Esse é um indício de que o Ministro interpreta a homoafetividade como algo puramente biológico-sexual, animalizando o comportamento.
“Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo ‘homoafetividade’, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo [...]”. (p. 2080)	O Ministro parece reconhecer que homossexuais podem desenvolver relações de afeto entre si.
“[...] Ou ‘homoafetivamente’, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.” (p. 2089)	Nesse trecho, o Ministro diz compreender que a afetividade se sobrepõe à biogenicidade, embora em vários outros trechos ele pareça compreender o oposto ao utilizar argumentos puramente biológicos para fundamentar suas conclusões.
Ministro Luiz Fux	
“A quarta das premissas: 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 <i>Censo 2010</i> do IBGE (disponíveis em	O Ministro reconhece que homossexuais estabelecem relações de mútuo afeto e, para prová-lo, apresenta dados objetivos coletados pelo Censo 2010 do IBGE que apontam quantas uniões homoafetivas declaradas há no Brasil. Ele ressalta que, embora agora elas estejam visíveis, esse tipo de relação acontece

<<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), desde muito antes. **atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil**, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.” (p. 2118, grifo do autor)

Ministra Cármen Lúcia

“Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: *‘enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível’* (Grande sertão: veredas).” (p. 2148, grifo do autor)

Por meio de uma passagem literária, a Ministra reconhece na união *homoafetiva* a existência de laços afetivos entre os parceiros.

Ministro Ricardo Lewandowski

“Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de ‘relação homoafetiva’?”

[...]

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.” (p. 2164-2165, grifo do autor)

Embora o Ministro reconheça haver laços afetivos entre homossexuais, ele acaba demonstrando compreender que haveria uma diferença irreconciliável entre a união estável entre homossexuais e a união estável entre heterossexuais que seria fundada no sexo dos parceiros.

“Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousar dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.” (p. 2168-2169)

Lewandowski compreende que as famílias estão se formando com fundamento em laços afetivos e que, as uniões homoafetivas, por serem formadas com base em laços afetivos, seriam, portanto, uma forma de família que não poderia ser ignorada pelo Estado.

Ministro Joaquim Barbosa

-

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância o reconhecimento de afetividade nas relações homossexuais ou para a ampliação do conceito de família que justificaria menção neste quadro.

Ministro Gilmar Mendes

-

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância o reconhecimento de afetividade nas relações

homossexuais ou para a ampliação do conceito de família que justificaria menção neste quadro.

Ministro Marco Aurélio

“Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, ‘convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias’ (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.” (p. 2267-2268)

Ao criticar juristas e decisões judiciais que tratam as relações afetivas estabelecidas entre homossexuais como sociedades empresárias, o Ministro reconhece a existência de laços afetivos como característicos da união homoafetiva.

Ministro Celso de Mello

“*Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS (‘A Homoafetividade Como Direito’, ‘in’ ‘Novos Direitos’, coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento:*

‘O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.’ (grifei)

Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, ‘Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de

O Ministro coloca a Constituição de 1988 como marco para o reconhecimento do afeto enquanto vínculo constitutivo da família. Ao mesmo tempo, interpreta que relações homossexuais são estabelecidas por meio de vínculos afetivos e, por isso, podem ser consideradas famílias.

Família, p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey – GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, **‘Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso’**, p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas – MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, **‘Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência’**, p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), **valendo destacar**, em razão de sua extrema pertinência, **a ênfase** que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (**‘Manual da Homoafetividade’**, p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método) **atribui** ao afeto, **nele** **divisando verdadeiro ‘princípio jurídico-constitucional’**:

‘(...) mudou-se o paradigma da família: de uma entidade fechada dentro de si, válida por si mesma, passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.

Nesse sentido, o reconhecimento do ‘status’ jurídico-familiar da união estável, por si, alçou o afeto à condição de princípio jurídico implícito, na medida em que é ele, afeto (amor romântico, no caso), o motivo que faz com que duas pessoas decidam manter uma união estável. O elemento formador da família contemporânea é o ‘amor familiar’, mas é o amor romântico que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.

.....
(...) Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, ‘o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável’, que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do ‘status’ jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.’ (grifei)

Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (*op. cit.*, p. 643) **revela** igual percepção em torno dessa particular questão, **reconhecendo**, **no afeto**, **enquanto** valor jurídico-constitucional, **um elemento fundamental** (e preponderante)

na esfera das relações do direito de família, **inclusive** no âmbito das uniões **entre** pessoas *do mesmo* sexo:

‘Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais.’ (grifei)” (p. 2313-2316, grifo do autor)

Ministro Cezar Peluso

“[...] vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.” (p. 2325)

Neste trecho, o Ministro reconhece que as uniões homoafetivas podem ser caracterizadas como fundadas em vínculos afetivos, o que possibilita que elas sejam reconhecidas como uma entidade familiar.

Tabela 09 - Princípio de igualdade e não-discriminação

Ministro Ayres Britto	
Trecho destacado	Análise
“Nessa linha de clara irresignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos [...]” (p. 2068-2069)	Nesse ponto, o Ministro interpreta argumentos colocados pelo Governador do RJ, concluindo que há um tratamento discriminatório a <i>homoafetivos</i> .
“E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Maurítânia e Iêmen.” (p. 2074)	O Ministro ressalta a arbitrariedade que há nas formas de se tratar as relações <i>homoafetivas</i> , ao mencionar a disparidade com que diferentes países abordam o tema
“Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). ” (p. 2081-2082, grifo do autor)	Neste trecho, o Ministro interpreta a Constituição da República de 1988 de forma a concluir ser proibida a discriminação em razão de sexo.
“[...] o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do ‘Constitucionalismo fraternal’ sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra ‘Teoria da Constituição’, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da	Embora o Ministro proponha um <i>constitucionalismo fraternal</i> , que se dê por meio de uma <i>integração comunitária das pessoas</i> , pela afirmação de uma igualdade <i>civil-moral</i> , com o

fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como ‘homossexuais’ para ser identificados pelo nome de ‘homossexuais’. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um ‘princípio de diferença’”. (p. 2083, grifo do autor)

“Mas é preciso lembrar que o substantivo ‘preconceito’ foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u’a [*sic*] mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas”. (p. 2083-2084, grifo do autor)

“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 indistigavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica 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 heterossexuais e pares homossexuais 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**.” (p. 2100-2101, grifo do autor)

“[...] que a terminologia ‘entidade familiar’ não significa algo diferente de ‘família’, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico.” (p. 2014)

“que as diferenças nodulares entre ‘união estável’ e ‘casamento civil’ já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de

intuito de se experimentar um *pluralismo sócio-político-cultural*, contraposto a uma idéia de mera inclusão social (restrita à noção de igualdade sócio-econômica), essa integração incluiria apenas *homossexuais*, deixando os *homossexuais* em seu lugar de seres socialmente repudiados, não merecedores de *fraternidade*.”

O Ministro traz uma idéia de preconceito que estaria consagrada pela própria Constituição, da qual se retiraria o conceito de tratamento discriminatório. Interessante notar que sua interpretação do significado de *preconceito* traz uma crítica ao próprio modo de operar do Direito: como a generalização de um conceito e sua aplicação à realidade acabam por reduzi-la, ignorando tudo o que foge ao conceito previamente formado.

Britto reconhece igualdade de direitos entre *heterossexuais* e *homossexuais* de estabelecerem família.

Para evitar que a família *homossexual* seja subjugada em relação à família *heterossexual* mediante o uso da expressão *entidade familiar* como se fosse algo hierarquicamente inferior à *família*, Britto já estabelece não haver nenhuma diferença entre ambos os conceitos.

Seguindo a linha de reconhecimento de direitos iguais a *homossexuais* e a

natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. [...] Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem**. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à nãoequiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, **pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham**. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º;

[...]

Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparelhamento.” (p. 2105-2107, grifo do autor)

Ministro Luiz Fux

“Pois bem. **O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas?** Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados?

A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue**. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum.

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos**.

Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXANDER (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, **inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico**. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu **preâmbulo** (“*[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]*”) e também no inciso IV do art. 3º (“*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”) e, ainda, no art. 5º, caput (“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]*”).

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser**

heteroafetivos, o Ministro reconhece o direito ao casamento civil (em razão da inexistência de óbices a sua realização) e o direito de *homoafetivos* seguirem os mesmos critérios de *heteroafetivos* para proceder à adoção.

Nesse trecho, o Ministro argumenta pela igualdade entre as uniões *homoafetivas* e as uniões *heteroafetivas*, uma vez que não há nenhuma distinção entre as duas. Sendo assim, caberia a aplicação da previsão constitucional de proibição de discriminação. Por fim, Fux destaca trecho interessante da obra de Dworkin em que se define que todos os que estão submetidos a um governo devem ser tratados como possuidores de mesmo *status* moral e político, indicando que todos devem ser tratados de forma que lhes seja reconhecida a autonomia moral para participação da vida pública.

tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por RONALD DWORKIN (*Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.^a Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (tradução livre do inglês)” (p. 2122-2124, grifo do autor)

“A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma plethora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros.

[...]

Também já são numerosas as leis estaduais que reconhecem direitos previdenciários aos parceiros homossexuais dos servidores públicos [...]. Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade [...].” (p. 2129-2130, grifo do autor)

“O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” (p. 2136-2137)

“Diz o Professor Dworkin:

O Governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status, moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais, indispensáveis a esses fins, incluindo, mas não limitado a elas, as liberdades mais especificadamente designadas na Emenda Constitucional americana - que, no caso, é a 14ª emenda.

E, numa outra obra, um pouco mais recente, "A Virtude Soberana – A Teoria e a Prática da Igualdade", o Professor Dworkin ressalta que:

Ao desafio da consideração igualitária, é dominado por esses dois

No trecho selecionado, o Ministro reconhece como a sociedade tem se comportado diante das homossexualidade, de forma a aceitá-la progressivamente. Ele traz como comprovação de seu argumento uma série de decisões de órgãos jurisdicionais e legislações estaduais que vêm reconhecendo direitos a parceiros homossexuais que, antes, eram restritos a heterossexuais. Por fim, Fux conclui que o STF deve acompanhar essas mudanças jurídicas e sociais.

Novamente, o Ministro traz como conteúdo do princípio de igualdade os ensinamentos de Dworkin, ressaltando que a noção de igualdade permeia a Constituição. Interessante notar que Fux destaca a influência religiosa no texto constitucional, pela presença da palavra Deus. Esse fato é ainda mais relevante quando consideramos que a CNBB enviou *amicus curiae* de posicionamento contrário ao reconhecimento da união homoafetiva.

princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o Governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, conquanto que o Governo consiga atingir tal meta, não dependa de que eles sejam seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o Governo se empenhe novamente, se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais.” (p. 2139, grifo do autor)

Ministra Cármen Lúcia

“Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembléia Constituinte demonstram que assim não foi.

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de temas que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.” (p. 2150-2151)

Ministro Ricardo Lewandowski

Nesse trecho, a Ministra fundamenta-se numa interpretação contextual do princípio de igualdade para fundamentar seu argumento de que o dispositivo constitucional que trata da união estável é aplicável independentemente dos parceiros componentes da união.

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância os direitos à igualdade e à não-discriminação que justificaria menção neste quadro. Na verdade, o Ministro defende a diferenciação entre uniões homossexuais e heterossexuais, inclusive quanto a direitos e deveres, como se demonstra em outras Tabelas.

Ministro Joaquim Barbosa

“Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

O Ministro decide pela equiparação da união homoafetiva ao instituto da união estável, baseando-se nos princípios de igualdade e não-discriminação. Sendo assim, não haveria qualquer distinção quanto a direitos e deveres para as uniões homoafetivas e as uniões heterossexuais.

Assim, nessa ordem de idéias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.” (p. 2177-2178)

Ministro Gilmar Mendes

“É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem como do conteúdo do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto e dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido.” (p. 2217-2218)

O Ministro reconhece que há uma situação de desigualdade arbitrariamente sustentada pelo Estado ao não conferir tratamento jurídico às relações homoafetivas, uma vez que há diversas decisões judiciais que negam seu reconhecimento jurídico.

Ministro Marco Aurélio

“O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o §3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.” (p. 2266)

O trecho em destaque demonstra como o Ministro aplica uma noção de igualdade para se conceber uma série de formas diversas entre si de famílias.

“Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, §3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.” (p. 2271)

Utilizando o princípio constitucional de igualdade e não-discriminação num método integrativo de interpretação, o Ministro chega à conclusão de que não se pode interpretar o art. 226, §3º da Constituição de 1988 de forma restritiva, mas sim de forma inclusiva, reconhecendo a união homoafetiva como possibilidade de união estável.

Ministro Celso de Mello

“III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar

[...]

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que

Considerando o histórico de tratamento propiciado pelo Estado a homossexuais, o Ministro ressalta como

nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de sua orientação sexual.

Isso significa *que também os homossexuais têm* o direito de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que puna, que exclua, que discrimine, que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito e *que desigule* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual.

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, 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.” (p. 2284-2285, grifo do autor)

“Essa **Carta de Princípios** sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar,** *em seu texto,* **o Princípio nº 24,** cujo teor assim dispõe:

‘DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.’” (p. 2317, grifo do autor)

obrigatório o tratamento igual e não-discriminatório a esse público. Qualquer tratamento desigual que tenha como justificativa a orientação sexual de um sujeito é arbitrária e discriminatória.

Ao citar um dispositivo do documento *Princípios de Yogyakarta*, o Ministro reafirma a igualdade quanto ao direito de constituir família, pertencente a todos, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.

Ministro Cezar Peluso

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância os direitos à igualdade e à não-discriminação que justificaria menção neste quadro. Na verdade, o Ministro defende a diferenciação entre uniões homossexuais e heterossexuais, inclusive quanto a direitos e deveres, como se demonstra em outras Tabelas.

Tabela 10 - Reconhecimento do direito de auto-realização pessoal e autonomia para escolha e realização de projetos de vida, incluindo-se o exercício autônomo da sexualidade

Ministro Ayres Britto

Trecho destacado

Análise

“[...] Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa,** segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” [...]. É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expreso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim,

O Ministro compreende que a Constituição permite o livre uso do *aparelho sexual*, a não ser que seja para o exercício de conduta explicitamente proibida. Essa liberdade estaria justificada no suposto fato de a *preferência* ou *orientação sexual* ser uma manifestação instintiva.

para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas.** Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente!” (p. 2085-2086, grifo do autor)

“[...] o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do ‘Torna-te quem és’, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepitível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou *superávit* de vida. Não enquanto um *minus* ou *déficit* existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bñis que só faz embarçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que ‘A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação’.** Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere ‘a liberdade’ e ‘a igualdade’ na lista dos ‘valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)’.” (p. 2087-2089, grifo do autor)

“Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade [...]. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem**

Neste trecho, o Ministro segue com o raciocínio apresentado no trecho anterior, de forma a localizar o exercício da sexualidade no âmbito de autonomia da vontade. No entanto, ao mesmo tempo em que atribui esse espaço de autonomia à sexualidade – entendida como esfera de liberdade para constituição da personalidade individual enquanto identidade psíquica, o Ministro se contradiz ao estabelecer a indivisibilidade entre o órgão sexual e a pessoa que o porta, sugerindo possível determinismo do sexo biológico sobre as vontades e desejos da pessoa.

Nesse trecho, o Ministro reconhece a sexualidade como meio de auto-realização pessoal, de constituição de auto-estima. Ao comparar a heterossexualidade com a homossexualidade, reconhece também que a heteronormatividade não deve ser um impedimento à auto-

na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.” (p. 2089, grifo do autor) realização de ninguém.

Ministro Luiz Fux

“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. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.” (p. 2118, grifo do autor)

Fux compreende não haver nenhuma vedação jurídica à constituição de uniões homoafetivas. Sendo assim, não haveria nenhum óbice por parte do Estado para que os sujeitos se realizem dessa forma.

“Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.” (p. 2125, grifo do autor)

Importante compreensão de que as pessoas devem ser compreendidas como moralmente autônomas e, por isso, como sujeitos, não como objetos. Uma compreensão tal do sujeito possibilita que ele tenha autonomia para se desenvolver, inclusive, de estabelecer uma relação homossexual.

“A percepção é correta. Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.” (p. 2127-2128)

O Ministro reconhece que a homossexualidade é um traço da personalidade, petente ao âmbito da auto-realização pessoal, parte de um projeto de vida, cujo direito de realização deve ser garantido pelo Estado.

“Por outro lado, a pretensão da sociedade da união homoafetiva encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana que, como todos nós sabemos, talvez seja uma das maiores conquistas na teoria dos direitos fundamentais e que foi obtida, na visão de Hannah Arendt, depois de inúmeras lutas e inúmeras barricadas.

Novamente, o Ministro ressalta como conteúdo do princípio de dignidade humana o valor moral absoluto dos seres humanos, isto é, que não pode ser medido em comparação de um a outro e, por isso, um não pode ser desprezado em relação ao outro. Como podemos observar, Fux realiza uma extensão do princípio de igualdade para dizer que cada um possui autonomia moral, ou liberdade para decidir e se realizar segundo seu projeto, ou seus objetivos de realização pessoal.

Tem-se presente que é mesmo dever do Estado lutar para que se implementem todos esses direitos fundamentais e, dentre tantos, a dignidade humana. E o que estamos fazendo aqui não é senão, à luz da dignidade da pessoa humana, implementarmos essas políticas necessárias à consecução desses objetivos, que conspiram em prol de princípios maiores: a igualdade, a liberdade e a dignidade.

É possível inferir deste trecho que Fux utiliza a política de reconhecimento como fundamento para conceber esse direito à auto-realização de pretensões ou projetos e metas pessoais, dentre as quais, no caso em questão, está a equiparação da união homoafetiva à união estável.

Nesse particular, no ‘Manual de Derecho Constitucional’, que conglomera inúmeros estudos de constitucionalistas, dentre outros, Conrad Hesse, e, em caso do jurista alemão Ernst Benda, ele afirma sobre a dignidade humana que:

Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não deve se arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos ao seu império. O Estado deve respeitar o ser humano, cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se, na medida de suas possibilidades, inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, mas nunca o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.

Por outro lado, numa visão pós-positivista, surge no cenário jurídico um novel princípio, principalmente em relação a essas minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente - daí a discriminação e afronta a essas cláusulas pétreas -, que não é senão o princípio do

reconhecimento. O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável.” (p. 2139-2140, grifo do autor)

Ministra Cármen Lúcia

“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.” (p. 2148)

A Ministra localiza a expressão da união homoafetiva como direito de liberdade de âmbito privado, íntimo.

“Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.” (p. 2150)

Assim como outros Ministros, a Ministra também insere a liberdade ou autonomia para escolha dos projetos de auto-realização pessoal no âmbito do princípio de dignidade.

“Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.” (p. 2151-2152)

Em interpretação contextual da Constituição, a Ministra interpreta o princípio de dignidade, em que se localiza o direito à liberdade, de forma a compreender o texto constitucional como assegurador da liberdade de escolha e vivência de projetos de realização pessoal.

“A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

9. Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresse reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, *‘abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo’* (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).” (p. 2153-2154, grifo do autor)

Seguindo com sua interpretação sobre o exercício das escolhas pessoais como um exercício de liberdade, a Ministra compreende que a relação afetiva com que se estabelecerá é de âmbito íntimo, sendo que essa intimidade deve ser resguardada pelo Estado, inclusive de forma a evitar a discriminação.

Ministro Ricardo Lewandowski

-

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância os direitos à liberdade e à

Ministro Joaquim Barbosa

“O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração’, tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso. Também da nossa querida Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Daniel Sarmento, um dos pioneiros no Brasil no tratamento dessa temática de que hoje nos ocupamos, em brilhante artigo, disse o seguinte:

‘O não-reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade’.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (corrodenadores). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 619-660.

Como é de conhecimento geral, o Judiciário brasileiro, em seus diversos níveis, vem, paulatinamente, firmando o devido reconhecimento dos direitos decorrentes dessas uniões, invocando e adotando, por analogia, o art. 1.723 do Código Civil.” (p. 2176-2177)

Ministro Gilmar Mendes

“A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG – *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos

Assim como outros Ministros, Joaquim Barbosa interpreta o princípio de dignidade de maneira a incluir o direito de livre desenvolvimento da personalidade. Para esse desenvolvimento, seria necessário que o outro reconheça valor aos traços da personalidade do sujeito em questão. Sendo assim, ao não reconhecer a união homoafetiva, o Estado demonstra valorizar a forma heterossexual de se realizar em detrimento das demais sexualidades, conduta em desconformidade com o princípio de dignidade.

O Ministro localiza a livre orientação sexual do sujeito dentro do direito de autodesenvolvimento, ou também da chamada auto-realização, por meio de projetos de vida e metas autonomamente eleitos por aqueles que os praticarão. Cabe ao Estado não colocar quaisquer obstáculos a sua realização e garantir a todos a possibilidade de exercer esse direito de forma livre e sem que sofram qualquer tipo de discriminação.

direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que ‘*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*’. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.” (p. 2230-2231, grifo do autor)

“Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas.

Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação.

Em obra sobre a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Ingo Sarlet leciona que, ‘*considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade*’. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109).” (p. 2238, grifo do autor)

Novamente, o Ministro reconhece como conteúdo do princípio de dignidade o direito à auto-realização, que impede o Estado de agir de forma discriminatória em relação às diversas formas de auto-realização que há na sociedade.

“*As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma*’ (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3a. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13).

Gilmar Mendes cita um jurista italiano que coloca como um dos principais desafios ao direito e ao Estado, num ambiente de pluralismo político e social, garantir o direito de auto-realização a diferentes atores sociais sem privilegiar ou valorizar uma forma de auto-realização em detrimento da outra.

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

*‘No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da nãocontradição – válido para a **scientia juris** – não deveria obstaculizar a atividade própria da **jurisprudencia** de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto’ (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil.*, cit., p. 16).” (p. 2244, grifo do autor)*

Ministro Marco Aurélio

“A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmiento (‘Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais’. *In Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*, 2008, p 644), estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do ‘valor dos valores’, do ‘ponto de Arquimedes no Estado constitucional’ (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão ‘dignidade humana’ conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma ‘zona de certeza positiva’ no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser

Assim como outros Ministros, Marco Aurélio reconhece no princípio de dignidade o direito de desenvolvimento da personalidade, dos projetos e metas de vida individuais e coletivos. Ele ressalva que o ser humano não pode ser instrumentalizado em função de um projeto de sociedade alheio, referindo-se à tentativa de grupos que tentariam impedir o exercício de auto-realização pessoal de homossexuais. Assim, a cada ser humano deve ser assegurado o direito de desenvolvimento de seu projeto de vida, sendo essa o que o Ministro chamada de dimensão existencial do princípio de dignidade humana. Portanto, não cabe ao Estado criar obstáculos aos indivíduos para o desenvolvimento de sua personalidade e consecução de suas metas. Ao contrário, o Estado deve agir positivamente de forma a garantir a todos a possibilidade de auto-realização e a busca por felicidade.

funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo ‘projeto’ encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual. (p. 2268-2271)

Ministro Celso de Mello

“Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual.

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.

O Ministro percebe neste julgamento um potencial para se efetivar os princípios de igualdade, de liberdade e autonomia individual e de dignidade, contra o histórico de tratamentos discriminatórios e excludentes a que o Estado brasileiro vem submetendo homossexuais. O reconhecimento do direito de auto-realização pela livre expressão da orientação sexual – independente de qual seja – apresenta-se como uma

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.

Com este 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 nova 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*.

É por tal razão **que o magistério da doutrina** - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e **invocando** princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, *em ordem a permitir* que se extraíam, *em favor de parceiros homossexuais*, *relevantes conseqüências no plano* do Direito, *notadamente* no campo previdenciário, e, *também*, **na esfera** das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, **incompreensíveis** resistências sociais e institucionais **fundadas** em inadmissíveis fórmulas preconceituosas, **vem sendo externada**, como anteriormente enfatizado, **por eminentes autores**, cuja análise de tão significativas questões **tem colocado em evidência**, com absoluta correção, a **necessidade** de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.” (p. 2285-2288, grifo do autor)

“Assume papel relevante, nesse contexto, o **postulado** da dignidade da pessoa humana, **que representa** - considerada a **centralidade** desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - **significativo** vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País e **que traduz**, de modo expressivo, **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões**, no ponto, **refletem**, com precisão, **o próprio** magistério da doutrina [...].

Reconheço 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.

O texto dessa Declaração, **fortemente influenciado** pelas idéias iluministas, **precedidas**, no ponto, **pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo

possibilidade de “instauração e [...] consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva” (p. 2287).

Reconhecendo a centralidade do princípio de dignidade no ordenamento jurídico brasileiro, Celso de Mello o associa ao direito à busca por felicidade. Ao trazer o ordenamento jurídico dos Estados Unidos, o Ministro demonstra como a Suprema Corte americana delimita esse direito de busca por felicidade como um direito de auto-realização pessoal, de realização de projetos de vida.

Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (*‘Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana’*, p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que *‘Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia’* (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (*‘A Declaração de Independência dos Estados Unidos’*, p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação do Iluminismo, 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 benéfica.’ (grifei)

A **força normativa** de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a **intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem* o marco doutrinário **que confere** suporte teórico *ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio* texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, *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 individuais.

[...]

Desnecessário referir a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns precedentes* – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* -, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus *‘rulings’ no conceito de busca da felicidade* (*‘pursuit of happiness’*), **imprimiu-lhe** *significativa expansão, para, a partir* da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade e **a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.*

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos* da Constituição do Japão de

1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, *no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental*) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me 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 idéia-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 familiar.” (p. 2307-2312, grifo do autor)

Ministro Cezar Peluso

-

O Ministro não apresentou nenhum argumento que colocasse em relevância os direitos à liberdade e à auto-realização que justificaria menção neste quadro.
