

DIREITO

V.8 • N.1 • Novembro 2019 - Fevereiro 2020

ISSN Digital: 2316-381X

ISSN Impresso: 2316-3321

DOI: 10.17564/2316-381X.2019v8n1p129-142



## **AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A “EQUIDADE” NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): UMA ANÁLISE DESDE A “METAFÍSICA DOS COSTUMES”, DE IMMANUEL KANT E DA “TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO” DE NORBERTO BOBBIO**

**HOMOAFFECTIVE UNIONS AND “EQUITY” IN THE SUPREME  
FEDERAL COURT (STF): AN ANALYSIS FROM IMMANUEL  
KANT’S “METAPHYSICS OF CUSTOMS” AND NORBERTO  
BOBBIO’S “THEORY OF LEGAL ORDERING**

**LAS UNIONES HOMOSEXUALES Y “EQUIDAD” EN EL  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): UN ANÁLISIS DESDE LA  
“METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES” DE IMMANUEL KANT Y LA  
“TEORIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO” DE NORBERTO BOBBIO**

Vanessa Santos do Canto<sup>1</sup>

## **RESUMO**

Este trabalho discute alguns aspectos das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), desde o ano de 2011, no qual foi reconhecida a legitimidade das denominadas “uniões afetivas” enquanto entidade familiar. Em primeiro lugar, discute alguns aspectos do livro “Metafísica dos Costumes”, escrito por Immanuel Kant, notadamente, os conceitos de “busca da perfeição própria”, da “busca da virtude alheia” e da “totalidade”. Em segundo lugar, discute alguns aspectos do livro “Teoria do Ordenamento Jurídico”, escrito por Norberto Bobbio, notadamente, o problema da “estrutura” do ordenamento jurídico e das denominadas “antinomias”. Em terceiro lugar, analisa alguns aspectos da decisão que reconheceu as “uniões homoafetivas” enquanto entidade familiar e a decisão que equiparou “homofobia” e “transfobia” ao crime de racismo. Dessa forma, discutimos estes aspectos desde a Teoria do Direito. O objetivo consiste em discutir os “possíveis” efeitos dessas decisões no que se refere à ação dos “profissionais” do Direito e dos movimentos sociais na atualidade.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Uniões Homoafetivas. Equidade. Teoria do Direito. Homofobia. Transfobia

## ABSTRACT

This paper discusses some aspects of Federal Supreme Court (STF) rulings since 2011, in which the legitimacy of the so-called “affective unions” as a family entity was recognized. First, it discusses some aspects of the book “Metaphysics of the Customs”, written by Immanuel Kant, notably the concepts of “the pursuit of self-perfection”, the “quest for the virtue of others” and “wholeness”. Secondly, it discusses some aspects of the book “Theory of the Legal System”, written by Norberto Bobbio, notably the problem of the “structure” of the legal system and the so-called “antinomies”. Thirdly, it analyzes some aspects of the decision that recognized “homosexual unions” as a family entity and the decision that equated “homophobia” and “transphobia” with the crime of racism. Thus, we discuss these aspects from the Theory of Law. The objective is to discuss the “possible” effects of these decisions regarding the action of “professionals” of law and social movements today.

## KEYWORDS

“Homosexual Unions. Equity. Theory of Law. Homophobia. Transphobia

## RESUMEN

Este documento discute algunos aspectos de las decisiones del Tribunal Supremo Federal (STF), desde 2011, en el que se reconoció la legitimidad de las llamadas “uniones afectivas” como una entidad familiar. Primero, analiza algunos aspectos del libro “Metafísica de las costumbres”, escrito por Immanuel Kant, en particular los conceptos de “la búsqueda de la autoperfección”, la “búsqueda de la virtud y la” integridad “de los demás”. En segundo lugar, analiza algunos aspectos del libro “Teoría del orden legal”, escrito por Norberto Bobbio, en particular el problema de la “estructura” del orden legal y las llamadas “antinomias”. En tercer lugar, analiza algunos aspectos de la decisión que reconoció a las “uniones homosexuales” como una entidad familiar y la decisión que equiparó la “homofobia” y la “transfobia” con el crimen de racismo. Por lo tanto, discutimos estos aspectos desde la teoría del derecho. El objetivo es discutir los efectos “posibles” de estas decisiones con respecto a la acción de los “profesionales” de la ley y los movimientos sociales en la actualidad.

## PALABRAS-CLAVES

Uniones homoafectivas; equidad Teoría del derecho; homofobia transfobia

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho discute alguns aspectos das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), desde o ano de 2011, no qual foi reconhecida a legitimidade das denominadas “uniões afetivas”, enquanto entidade familiar.

Em primeiro lugar, discute alguns aspectos do livro “Metafísica dos Costumes”, escrito por Immanuel Kant, notadamente, a questão da “busca da perfeição própria”, da “busca da virtude alheia” e da “totalidade”. A questão principal é o conceito de “trabalho” desde uma perspectiva principiológica no contexto do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, discute alguns aspectos do livro “Teoria do Ordenamento Jurídico”, escrito por Norberto Bobbio, notadamente, o problema da “estrutura” do ordenamento jurídico e das denominadas “antinomias”. A discussão se refere ao problema da resolução de “antinomias” de segundo grau, ou seja, a colisão de princípios na resolução das denominadas “ações constitucionais”.

Em terceiro lugar, analisa alguns aspectos da decisão que reconheceu as “uniões homoafetivas” enquanto entidade familiar e a decisão que equiparou “homofobia” e “transfobia” ao crime de racismo. A principal questão é o problema da “equidade” no âmbito da teoria liberal.

Dessa forma, discutimos estes aspectos desde a Teoria do Direito. O objetivo consiste em discutir os “possíveis” efeitos dessas decisões no que se refere à ação dos “profissionais” do Direito e dos movimentos sociais na atualidade. A discussão se refere ao problema do “deslocamento” do conceito de “totalidade” pautado no trabalho para os conceitos “morais” de “afeto” e “busca da felicidade”.

## 2 DA “METAFÍSICA DOS COSTUMES” DE IMMANUEL KANT A “TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO”, DE NORBERTO BOBBIO: ASPECTOS CONCEITUAIS

O problema acerca do denominado “juízo estético” é uma preocupação no pensamento de Immanuel Kant. É uma das principais questões no livro “Crítica da Faculdade de Julgar”, publicado no ano de 1790 (KANT, 2016).

O “juízo estético” é determinado pela “visão” do mundo que orienta a razão pura e a razão prática. Esse é o principal argumento no que se refere ao problema da “laicidade”. A “laicidade” enquanto princípio se relaciona com a “tolerância”, na medida em que estabelece regras de convivência, notadamente, no âmbito religioso. Principal questão no que se refere à relação existente entre transcendência e transcendental, no âmbito da Modernidade.

O problema acerca do “juízo estético” reaparece no livro “Metafísica dos Costumes”, publicado no ano de 1797 (KANT, 2013). O “juízo estético” se torna “patológico” quando se afasta da “razão pura” (KANT, 2013). Quais são as condições de possibilidade de utilização adequada do “juízo estético”? Em primeiro lugar, a “visão” de mundo deve estar pautada na “razão pura”. A razão pura é pautada na “confiança” na “mens”, definida pela “ratio”. “Ratio” é racionalidade norteada pela ciência “especulativa”. A “especulação” é pautada por procedimentos empíricos que definem a redução “transcendental”.

Talvez, por isso, considere que o “escárnio” atinja o homem, não a ciência (KANT, 2013). Então, a segunda condição de possibilidade de utilização do “juízo estético” é a “lei” materializada pela “razão”. O “fundamento” não necessariamente é “autor” da “lei”. Essa é a principal questão da redução “transcendental”. Então, o Direito é “meio” de realização de “fins”. A teleologia é, então, condição de possibilidade de utilização do “juízo estético” (KANT, 2013).

O “juízo estético” se depara com a “justiça” enquanto conceito “desencarnado” que desafia a “mens corpore” constitutiva da “razão pura”. Dessa forma, o desafio deve ser enfrentado pela ciência “especulativa”, empírica e racional. Essa é a base da atividade jurisdicional, pautada em lei racionais e “desencarnadas” que devem ser aplicadas à busca da “justiça”? Ou “resolução” da lide?

No livro “Metafísica dos Costumes”, são desenvolvidos os conceitos que norteiam a ideia de Direito na relação com a moral, desde a necessidade uma metafísica que demonstre o conteúdo universal dos costumes. Na segunda parte do livro é discutida a relação do Direito com a “Virtude”, no sentido de desenvolver o problema da “universalidade” dos costumes (KANT, 2013).

Os “costumes” pautados nos “sentimentos morais” desafiam aquilo que o autor denomina de “busca da perfeição própria”. Não se trata da mesma discussão realizada na “Crítica da Razão Pura”, publicada no ano de 1787 (KANT, 2012) e na “Crítica da Razão Prática”, publicada no ano de 1788 (KANT, 2016). A questão acerca da necessidade de uma “metafísica dos costumes” é o principal problema que norteia a livro.

Consideramos que a questão principal é o desenvolvimento da “fenomenologia” no pensamento kantiano, desde a perspectiva da razão prática pura (KANT, 2016). O desafio seria a garantia da universalidade desde a “redução” transcendental no contexto de aceleração dos processos sociais. Por isso, a crítica à patologia “eudemonista” no processo de “redução” que desconstituiria o “juízo estético” ao reduzir a “universalidade” ao “monismo” no âmbito das práticas sociais, denominadas de “costumes” (KANT, 2013)<sup>2</sup>.

A crítica à prática “eudemonista” se refere ao fato de que a “felicidade”, desde a perspectiva da filosofia crítica constituiria um entrave à universalidade da “razão pura”. Porque o desafio do “juízo estético” é a “universalidade” dos costumes. A “felicidade” seria uma redução da ideia de “universalidade” à unidade expressa por meio do “indivíduo”, pois, a felicidade enquanto “valor” não estaria pautada na “teleologia” que deve orientar as ações. Não devemos esquecer que a ação deve ser pautada pela “razão pura” expressa materialmente na “universalidade” dos “costumes”.

A “busca da perfeição própria” é o exercício da “razão prática pura” na relação com os “costumes” desde o ponto de vista da “universalidade”. Então, “a busca da perfeição própria” está relacionada com a “busca da virtude alheia”. A relação, privado “versus” público é traduzida na relação existente entre Direito Privado “versus” Direito Público, na busca da “universalidade” da “razão pura” (KANT, 2016).

A relação existente entre “lei” e “moral” é desafiada pela “justiça”, expressão “desencarnada” da “virtude”. Porque a “justiça” na “Metafísica dos costumes” é apresentada enquanto “benevolência”

---

2 Consideramos que o livro “Metafísica dos Costumes” é um dos principais fundamentos da discussão multicultural no âmbito da Teoria do Direito e Da filosofia do Direito, notadamente, após a década de 1970. O denominado debate liberais versus comunitários talvez possa ser considerado enquanto uma das principais atualizações desta discussão no âmbito neokantiano. No âmbito do debate liberal, ver: Rawls (2016), Dworkin (2014). No âmbito do debate comunitário ver Taylor (2000), Walzer (2003).

e “bondade” que não deveriam orientar o “juízo estético”. Porque desde uma perspectiva racional crítica à prática “eudemonista”, o exercício da atividade jurisdicional deve ser pautado na “razão pura” que orienta a “razão prática”.

A “busca da perfeição própria” e a “busca da virtude alheia” são desafios à “totalidade”. A “totalidade” é, então, o principal desafio a ser enfrentado desde uma filosofia “crítica” pautada na “razão pura”. A “totalidade” é expressão da “razão pura” na relação existente com a “razão prática”. Este é o problema no qual consiste na indagação acerca da “práxis”. Ou seja, quais são as condições de possibilidade de “movimento” e “alimentação” das práticas sociais no tempo e no espaço. Mas, especificamente, no que se refere ao Direito, qual é o papel do direito enquanto “motor” que regulamenta e mobiliza as relações sociais na atualidade?

Essa questão foi discutida pelo jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, na tradução da práxis enquanto relação existente entre “lei” e “justiça”. O problema da relação existente entre “lei” e “justiça” foi desenvolvido por Norberto Bobbio, no livro “Teoria da norma jurídica” publicado ano de 1958 (BOBBIO, 2003). Notadamente, no que se refere ao problema das antinomias de primeiro e de segundo grau. As primeiras se referiam ao conflito existente entre as leis. As segundas se referem aos conflitos existentes entre princípios.

As antinomias de segundo grau passaram a ser o principal desafio a ser enfrentado pela atividade jurisdicional exercida pelos tribunais superiores no período posterior ao final da Segunda Guerra Mundial (BOBBIO, 2003). O problema existente acerca dos fundamentos do “ordenamento” e da “lei” passou a desafiar cada vez mais o pensamento “neokantiano” e aqueles estudiosos dedicados à elaboração da “crítica”, no âmbito teórico.

As questões desenvolvidas por Kant, no século XVIII, foram enfrentadas por Norberto Bobbio ao discutir o pensamento neokantiano de Hans Kelsen, no livro “Teoria do Ordenamento Jurídico” publicado no ano de 1960 (BOBBIO, 2003), notadamente, no que se refere ao problema do fundamento do ordenamento jurídico no âmbito do “império” das antinomias de “segundo grau”.

O problema acerca da estrutura do “ordenamento” jurídico é a questão relativa ao fundamento do “ordenamento”, qual seja, quem é o “autor” da lei? O fundamento da lei é uma das questões fundamentais do pensamento racionalista moderno. Na “Metafísica dos Costumes”, afirma-se que o “fundamento” da “lei” não necessariamente implica na “autoria” da “lei” (KANT, 2013). Este argumento é desenvolvido por Hans Kelsen na “Teoria Pura do Direito”, publicado no ano de 1934 (KELSEN, 2009).

Em “A teoria do ordenamento jurídico” são desenvolvidos os critérios “racionais” para a resolução dos conflitos relacionados às antinomias de segundo grau (BOBBIO, 2003). Essa é a novidade no que se refere ao trabalho elaborado por Hans Kelsen (KELSEN, 2009). Ou, ainda, seria possível “traduzir” a questão problematizada por Bobbio (2003) enquanto o problema dos elementos constitutivos do Estado na contemporaneidade. Quem é o autor da lei no contexto da teoria democrática representativa? Qual é o território de produção da lei? Quais são os elementos simbólicos que instituem esse poder de normatividade?

Essas questões talvez sejam mais atuais do que podemos imaginar. Pois, não devemos esquecer que a discussão realizada acerca da “práxis” do Direito se refere ao problema da “unificação” do

Direito, desde a perspectiva italiana e alemã. Lembremos que a “primeira” unificação alemã ocorre no final do século XIX, mais ou menos à época da unificação italiana. A “segunda” unificação alemã ocorre no período posterior à denominada “queda” do Muro de Berlim, no ano de 1989. O “muro” da “vergonha” ruiu, mas a “segunda” unificação foi realizada sob uma conturbada discussão acerca do papel político da “esquerda” e da “direita”, no mundo, após esse acontecimento (BOBBIO, 2001).

É neste contexto que ocorre a intensificação de algo que, no Brasil é denominado de “judicialização da política”, notadamente, por parte de cientistas políticos (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007). Alguns juristas preferem denominar este fenômeno de “ativismo judicial” (AMARAL JR., 2010; STRECK, 2018; VIEIRA, 2018).

Mas, o fato é que em um contexto de crise da democracia representativa, a crença de que o Poder judiciário seria capaz de resolver as principais questões políticas se intensificou no Brasil, principalmente, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a denominada “Reforma do Judiciário”, centrada no princípio da “celeridade processual” e de ampliação do denominando “acesso à justiça”<sup>3</sup>.

Esses dois princípios “conjugados” à atuação dos movimentos sociais brasileiros posteriores na segunda metade da década de 1990 talvez tenham impulsionado as atuais decisões dos Tribunais Superiores. É importante ressaltar que, após, a implementação do PDRE-MARE, no âmbito da gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a mobilização social passou por uma “inflexão” significativa.

As “teorias da justiça” talvez não tenham influenciado de maneira imediata a procura dos líderes dos movimentos sociais, notadamente, os movimentos de mulheres, o movimento feminista e o movimento negro às assessorias jurídicas. Mas, é possível que o denominado “multiculturalismo”, desde a vertente “culturalista” tenha influenciado de maneira mais imediata a atuação dos movimentos sociais no Brasil.

Mais tardiamente, movimento LGBT (à época era essa denominação) buscou uma integração institucional aos demais movimentos que pareciam ter conseguido impor sua agenda política na estrutura governamental.

Os esforços realizados pelos líderes dos movimentos de mulheres, do movimento feminista e de diferentes segmentos do movimento negro ao final do segundo mandato do governo Fernando Henrique Cardoso mostra que a agenda destes movimentos sociais passaram a integrar a agenda governamental, notadamente, após a realização do ciclo de Conferências de direitos humanos realizados pela Organização das Nações Unidas, no período de 1993 a 2001<sup>4</sup>, a fim de discutir os novos parâmetros que norteariam a atuação dos Estados e dos movimentos sociais no que se refere à ação governamental posterior à “queda” do Muro de Berlim, no ano de 1989<sup>5</sup>.

---

3 Esse movimento de ampliação de acesso à justiça foi defendido por leitores do jurista italiano mauro Cappelletti. Um dos principais autores lidos por estudiosos do Direito ligados ao denominado movimento “criminologia crítica” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

4 Conferência Internacional de Direitos Humanos realizada na cidade de Viena realizada no ano de 1993, a Conferência Internacional de Desenvolvimento e População realizada na cidade do Cairo, no ano de 1994 (revisão da conferência da denominada conferência do México realizada no ano de 1984), a IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz realizada no ano de 1995, na cidade de Pequim (denominada de Conferência de Beijing) e a Conferência de Durban é como ficou conhecida a Terceira Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, realizada no ano de 2001, na cidade de Durban

5 A crise do modelo” bipolar” já estava acentuada desde 1950, quando das primeiras manifestações explícitas por parte de

A estrutura normativa que começava a ser delineada mostrava que a denominada “crise” do Estado era desafiada pelos movimentos de Globalização e de neoliberalismo econômico estava modificando “antigas” formas de dirimir “conflitos” judiciais. A crise do Estado Liberal, do Estado Social, também significava a crise do conceito de “totalidade” e de “trabalho”.

Os movimentos sociais “clamavam” por uma “visão parcial”, “localizada” que talvez colocassem em “risco” a imparcialidade” que deve nortear a atuação judicial pautada na ideia weberiana de “impessoalidade”. Mas, qual ética a ser firmada no contexto de crise da “totalidade” que consubstancia o “trabalho” resultante das interações sociais, das atividades laborais, ou, ainda, da “práxis” enquanto motor da relação existente entre “teoria” e prática?

Após a primeira década de ativismo judicial, nos anos 2000, os Tribunais Superiores brasileiros, notadamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) parece demonstrar um novo desafio, qual seja, o que restará da Teoria do direito e do ativismo judicial? Talvez, a análise de algumas decisões acerca das “uniões homoafetivas” incitem novos questionamentos acerca destas questões. Passemos, então, ao trabalho de análise, ainda que breve. E, mais ainda, parcial.

### 3 “UNIÕES HOMOAFETIVAS” E “EQUIDADE” NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

No que se refere à homoafetividade, o reconhecimento jurídico-constitucional das denominadas “uniões homoafetivas” tem sido considerado um “marco” jurídico importante no que se refere ao exercício de direitos fundamentais por parte das denominadas pessoas “LGBTIQ”.

Neste sentido, no dia 4 de maio de 2011, os Ministros do STF julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar:

[...] o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF<sup>6</sup>.

---

migrantes das Antilhas e do Caribe ao continente europeu, das manifestações dos afro norte-americanos nos Estados Unidos das Américas no que se refere aos direitos civis e, ainda, de movimentos de homossexuais no que se refere à circulação em ambientes não “guetificados” no campo e nas cidades.

<sup>6</sup> Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

A decisão, apesar de ser importante, merece algumas críticas. Em primeiro lugar, praticamente “desconstituiu” a antiga jurisprudência que dispunha acerca das denominadas “relações homoafetivas” constituídas no âmbito do Direito Civil e do Direito de Trabalho, notadamente, no que se refere ao direito sucessório e aos benefícios previdenciários.

A atual jurisprudência ainda carece de análise mais aprofundada, mas parece ter restringido em alguns aspectos a formalidade necessária à realização de alguns atos jurídicos que garantiam “segurança” às relações contratuais estabelecidas no âmbito das denominadas uniões homoafetivas, pautadas na relação de emprego e, em alguns casos, no registro do trabalho “autônomo” comprovado por meio de contribuição Regime Geral de Previdência Social (RGPS), regulamentada pelos dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

A flexibilização contratual parece ter sido possibilitada pela mudança do entendimento acerca da necessidade de “vínculo empregatício” nos casos de concessão de “aposentadoria por morte” da/o companheira/o RGPS. O conceito de “dependência econômica” norteava a jurisprudência anterior à decisão de 2011, mas pautado no conceito de “trabalho”.

Após o ano de 2011, a concessão de benefício “pensão por morte” deve atender os requisitos previstos nos arts. 1.723 e 1.724, do Código Civil de 2002. Acrescidos dos documentos que comprovam: a) o óbito; b) a qualidade de segurado daquele que faleceu; c) qualidade de dependente em relação ao segurado falecido. Mas, os conceitos que norteiam são “afeto como valor jurídico” e “direito à busca da felicidade”. Senão vejamos:

União Estável Homoafetiva - Legitimidade Constitucional - Afeto como Valor Jurídico - Direito à Busca da Felicidade - Função Contramajoritária do STF (Transcrições) RE 477554/MG\* RELATOR: Min. Celso de Mello EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.



Recentemente, no dia 2 de abril de 2019, entrou na pauta de julgamentos do STF, questões importantes relativas aos benefícios contributivos:

Também estão na pauta o Recurso Extraordinário (RE) 1045273 que discute se é possível o reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte; o RE 791961 sobre a possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde; e o RE 639138 sobre cláusula de plano de previdência complementar que estabelece valor inferior de complementação de benefício para mulheres em virtude de seu tempo de contribuição. Todos os recursos têm repercussão geral reconhecida<sup>7</sup>.

Mas, a decisão que declarou a constitucionalidade das uniões homoafetivas, apesar da interpretação extensiva, também apresenta alguns problemas no que se refere às “pessoas trans”. A questão da definição jurídica acerca da homoafetividade, parece-nos, ainda, um desafio a ser enfrentado de maneira adequada. As recentes decisões do STF parecem expressar a questão.

Parece que a omissão acerca do enfrentamento da questão relativa às “pessoas trans” está sendo “sanada” por instituições ligadas à órgãos multilaterais. Pois, no mês de maio do ano de 2012, o Comitê Olímpico Internacional (COI) mudou as regras e permitiu a participação de atletas “transgênero” nas Olimpíadas, na cidade de Londres.

Além disso, algumas atividades profissionais que têm sido utilizadas historicamente à discriminação relativa à gênero e étnico-racial parecem estar sendo atualizadas por instituições que deveriam “promover” a equidade étnico-racial e de gênero. *Mens sana in corpore sano?* Por quê? Por que, no ano dia 31 de março de 2019, o filho do atual Presidente da República Federativa do Brasil, criticou a participação de “transgêneros” na “Superliga Feminina de Vôlei”. Afirmava que seria “Superliga Meio Feminina de Vôlei”<sup>8</sup>. O que Simone de Beauvoir diria<sup>9</sup>?

Mas, o Comitê Olímpico Brasileiro (COB) “tirou o seu da reta”. Afirmaram “seguir” o Comitê Olímpico Brasileiro (COI), desde que passem por: “tratamento hormonal e façam testes regulares para comprovar que seu nível de testosterona está abaixo de 10nmol/L – como determina o comitê internacional”<sup>10</sup>. O “problema” acerca da “medicalização” permanece sendo um desafio a ser enfrentado pelos ativistas de direitos humanos.

Esse posicionamento “político” parece “nortear” a política de “diversidade”. No atual contexto político também se refere às questões étnico-raciais, mas já delineada desde o início da segunda década dos anos 2000. Pois, no ano de 2012, foram julgadas as ações que passaram a nortear os entendimentos jurisprudenciais acerca das ações afirmativas<sup>11</sup>.

7 Notícia disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407448>

8 Notícia disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br//criticada-por-eduardo-bolso>

9 BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2009.

10 Notícia disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br//criticada-por-eduardo-bolso>

11 A ação julgada foi a Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental - ADPF 186 / DF. “No julgamento realizado em abril de 2012, os ministros acompanharam por unanimidade o voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, segundo o qual as cotas da UnB não se mostravam desproporcionais ou irrazoáveis. O ministro considerou que a regra tem o objetivo de superar distorções sociais históricas, empregando meios marcados pela proporcionalidade e pela razoabilidade. Notícia

Neste sentido, no dia 13 de junho de 2019, o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional por não elaborar lei que criminalize atos de “homofobia” e de “transfobia”. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente<sup>12</sup>.

Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos<sup>13</sup>. O primeiro ponto da tese prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei nº 7.716/1989, e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe.

---

disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>.

12 A íntegra da decisão da ADO 26, divulgada no DJE 142, divulgado em 28/06/2019, está disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>

13 A íntegra das teses está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>

O segundo ponto da tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio.

A terceira tese elaborada pelo relator da ADO, Ministro Celso de Mello, estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O “mundo” é “gay”? O atual dirigente da Igreja Católica Apostólica Romana segurou a bandeira do “arco-íris”. Parece confirmar o adágio. Mas, ainda, muitos “não ditos” acerca da atuação da Igreja no que se refere à homossexualidade e às “uniões homoafetivas”.

A denominada “Reforma Trabalhista” brasileira parece ser um bom “termômetro” dos efeitos no que se refere à decisão que decidiu acerca da licitude das “uniões homoafetivas” na sociedade brasileira. A “totalidade” pautada no conceito de trabalho parece ter perdido força, em detrimento à uma jurisprudência dos “valores”.

Além disso, a mudança de orientação na realização da atividade jurisdicional do STF tem impactado a atuação dos diferentes segmentos do movimento social negro e do movimento LGBTIQ na atualidade. As decisões acerca da homoafetividade, ou, ainda, das “uniões homoafetivas” têm sido cada vez mais “perpassadas” pelo discurso acerca das relações étnico-raciais.

Essas discussões devem ser analisadas desde a perspectiva do atual contexto da “Reforma Trabalhista” realizada no ano de 2017, da proposta do Projeto de Lei “Anticrime” e da crise da “Teoria da Empresa”. Mas, também devem questionar a atuação do Ministério Público nesse cenário. Além disso, a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também merece atenção por parte dos movimentos sociais brasileiros.

A atuação dos movimentos LGBTIQ deve estar cada vez mais atenta em um contexto no qual a “responsabilização” da prática dos “atos ilícitos” e do “abuso de poder” parece desafiar cada vez mais o exercício da atividade jurisdicional, notadamente do STF. A “judicialização da política” ainda resolverá os problemas relativos ao “acesso à justiça”? Até quando?

Então, quais serão os efeitos práticos dessa equiparação em médio e em longo prazo, no que se refere à atuação dos movimentos LGBTIQ e no que se refere aos diferentes segmentos do movimento negro no Brasil?

Quais elaborações epistemológicas e hermenêuticas serão possíveis no atual contexto político e jurídico? “Judicialização da política” acompanhada de “medicalização da raça”?<sup>14</sup> “Misitificação” da “práxis”? Até quando?

Qual caminho a seguir? Direito ou esquerda? Talvez essa discussão não seja tão inócua quanto parece. Mas, o fato é que as recentes decisões do STF talvez ainda necessitem de visões “totais”? Ou, ainda, “parciais”? Quais perspectivas analíticas a serem seguidas? Materialismo ou idealismo? São só ideias? Orem@s?...

---

14 MARQUES, Vera Regina Beltrão. *Medicalização da raça: médicos, educadores e discurso eugênico*. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JR., José Levi Mello do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significações de uma distinção política**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade de julgar**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

MARQUES, Vera Regina Beltrão. **Medicalização da raça: médicos, educadores e discurso eugênico**. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos - Uma Radiografia do STF**. São Paulo: Editora Forense, 2018.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. ISSN 0103-2070. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em: 11. set. 2019.

VIEIRA, Oscar Viena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

1 Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2006). Mestre em Serviço Social pela mesma Universidade (2009). Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (início em 2010). Professora do Centro Universitário Geraldo di Biase (2012). E-mail: [nscanto@yahoo.com.br](mailto:nscanto@yahoo.com.br).

**Recebido em:** 11 de Setembro de 2019

**Avaliado em:** 11 de Setembro de 2019

**Aceito em:** 11 de Setembro de 2019



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

#### Como citar este artigo:

ROMEO, Andrea. Lo special account del fenomeno religioso nel dibattito nordamericano. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29., 2018, p. 15-48. DOI: 10.17564/2316-3828.2018v7n1p13-24



Este artigo é licenciado na modalidade acesso abertosob a Atribuição-Compartilha Igual CC BY-SA



