

# A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO

Érico Marques de Mello\*

Análise da construção jurisprudencial sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo no Brasil (ii), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, da relatoria do Ministro Ayres de Britto. Neste trabalho, analisa-se o voto do relator.

## 1 APRESENTAÇÃO

### 1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE SEXUAL



fundamento inicial do voto parte do pressuposto de que deve ser afirmada a dignidade da pessoa humana, de modo que “ninguém é mais digno por ser homem ou mulher”. A justificativa no critério natural não é suficiente para se afirmar qualquer discriminação, pois o instinto sexual e a libido revelam prevalência sexual.<sup>1</sup>

Apesar o direito ser técnica de controle social, por meio de norma geral, positiva ou negativa, neste caso não há justificativa para se afastar o caráter individual instintivo próprio do ser humano da definição de preferência sexual. A única possibilidade de impedimento no ordenamento jurídico, para restringir direitos individuais, em razão da afirmação individual de preferência ou orientação sexual decorreria de previsão ex-

---

\* Aluno da Universidade de Buenos Aires, pós-graduação. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito. Advogado em Brasília.

<sup>1</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Ssupremo Tribunal Federal. ADI 4277. Supremo Tribunal Federal: Brasília, 2012.

pressa na Constituição.

Na prática, a definição de sexo da pessoa é um todo indissolúvel que alcança não apenas o órgão genital. Ao se impedir a pessoa humana de afirmar orientação sexual pessoal específica, a consequência seria a discriminação em razão do sexo. Tanto que estudos psicológicos que revelam que homossexualidade deve ser entendida como identidade psíquica.

Dessa forma, o que define a orientação sexual é a própria natureza, por meio da preferência sexual. A preferência sexual se justifica em direito fundamental, em razão de afirmação da personalidade, com base na própria dignidade da pessoa humana. A questão da felicidade pessoal e realização individual somente pode ser afirmada, com a afirmação do próprio ser humano que se identifica como homossexual. A afirmação de homossexualidade é afirmação de pessoa humana.

A orientação sexual decorre da autonomia da vontade, direito pessoal, tendo em vista o direito à intimidade e à privacidade. Isso porque, nada é mais íntimo e privativo para os indivíduos que a afirmação da própria sexualidade. Neste contexto, a restrição à liberdade sexual somente poderia ser observada, caso houvesse norma constitucional em sentido diverso, o que evidentemente inexistente.

Diferente de vedação constitucional, a previsão constitucional de diversidade de sexo para a família, não justifica fatores acidentais, de forma a desmerecer pessoas com orientação sexual diversa. A previsão de união entre homem e mulher é uma concepção terminológica adotada no momento de promulgação da Constituição, que por si só não restringe a noção de família.

O direito individual de se identificar como mulher ou homem é definido por razões imponderáveis, que não podem estar submetidas a qualquer mecanismo de controle. E por essa razão, a discriminação individual em razão da orientação sexual desafia o ser humano enquanto sujeito de direito, pois a

realização do sujeito de direito deve afirmar o direito à felicidade.

A regra que prevalece é a de que tudo o que não estiver juridicamente proibido ou obrigado é permitido. O direito de liberdade sexual insere-se em cláusula pétrea, em razão da liberdade individual e do direito de realização pessoal e felicidade. Isso porque, todos são iguais em razão da espécie humana, e a realização pessoal de cada ser humano justifica a preferência sexual.

## 1.2 A POSSIBILIDADE DE CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

O que se discute neste caso não é o direito à orientação sexual, e sim o reconhecimento da união estável e do casamento. A família tem especial proteção do Estado e da sociedade, e o casamento é observado como base da família. A família afirmada pela Constituição, é definida pelo casamento, como definição do núcleo familiar, que pode ser tanto definido por pessoas com diversidade aparente de sexo, quanto pessoas do mesmo sexo.

Se a noção de família se realiza na afirmação das preferências individuais, associadas aos parentes e agregados, não pode ser concebido que à família seja atribuída concepção não reducionista. A família é uma concepção de fato que o ordenamento jurídico atribui qualidade de base da sociedade. A proteção não é de um tipo de família, mas de relações concretas.

A dualidade indicada homem e mulher tinham orientação sócio-cultura-religiosa do ocidente, que não restringir a noção de família. Quando se observa a entidade familiar, não é possível estabelecer qualquer distinção na noção de família, ou seja, o que é protegido não é o tipo de relação, e sim a situação concreta, ainda que definida por relação homoafetiva.

A partir deste julgado, e discussões do Supremo Tribunal Federal, foi permitido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Por meio da interpretação conforme a constituição, houve exclusão do emprego do termo “diversidade de sexo” como impedimento legal para casamento. Em outras palavras, com base na linha de raciocínio acima indicada foi excluído o impedimento legal para o casamento do termo empregado “diversidade de sexo” na legislação civil.

## 2 ANÁLISE

### 2.1 DA AFIRMAÇÃO MORAL DO SUJEITO

Encontrar um conceito das instituições atuais não é um trabalho possível, sem análise moral. É importante observar que para muitos há mudança do conceito de casamento, diante da atual concepção de união homoafetiva. De fato, um critério sociológico identificaria no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de alteração do que se entende por casamento, a partir do momento que concretamente muitas famílias são formadas por casais do mesmo sexo.<sup>2</sup>

Antes de uma análise mais aprofundada é importante a percepção de que em parte o direito se justifica em um critério moral, pois as decisões políticas, antes de mais nada, são decisões compatíveis com as relações sociais concretas<sup>3</sup>. O núcleo familiar – no Brasil – muitas vezes é formado por pessoas do mesmo sexo.

A afirmação do sujeito de direito, pessoa natural, como homossexual, é afirmação do direito de personalidade. A identificação da pessoa como homossexual tem relação com a pri-

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronaldo. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 16.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 52.

vacidade e o direito de personalidade. A dignidade da pessoa humana afirma a liberdade individual da pessoa na afirmação da sua preferência sexual.<sup>4</sup>

De fato, os princípios legais só são válidos se estão em conformidade moral, com a comunidade no caso concreto. Não há como se estabelecer restrição à afirmação sexual do indivíduo. A opção sexual é um direito que permeia a própria personalidade de individualidade da pessoa, conforme bem registrado no voto.<sup>5</sup>

É impossível afirmar o direito sem uma perspectiva moral e enquadramento da conduta. A realidade social é concreta e se desenvolve na prática das relações sociais. Toda orientação legislativa não convive com conceitos determinados. O direito se submete a uma justificação moral, para afirmação.<sup>6</sup>

Neste contexto, muitos argumentos apontam para adequação da decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Há forte divergência acerca da função do juiz na aplicação da lei. Alguns autores apontam que a constituição deve ser viva e corresponder a expectativa social a um determinado momento. O casamento homossexual não pode ser obstado pela constituição, pois deve ser atribuída nova concepção de família.<sup>7</sup>

Em um primeiro momento, alguns autores afirmariam que a democracia deve ser comunitária e não estatística, o que deve ser privilegiada é a permanente capacidade de participação de todos os membros da sociedade. Os membros da socie-

---

<sup>4</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. p. 195.

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. Santiago: Revista de la Universidad Bolivariana, año/vol. 4, número 010. Traducción: Manuel Jiménez Redondo.

<sup>6</sup> MANUEL ATIENZA. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. In: Derechos, Justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet, Miravet Bergón, Pablo; Añóin Rig, María José (Coord.). Disponível em: [www.juridicas.inam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf](http://www.juridicas.inam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf). p. 354-355.

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto. Derecho Constitucional. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. p. 124.

dade não devem ser apenas consultados, para se firmar meta ou diretriz, o governo politicamente considerado é formado por modelo que viabiliza a ampla participação. Assim, a liberdade sexual deve ser privilegiada e o casamento entre pessoas do mesmo sexo é o caminho possível para afirmação dos direitos da minoria.<sup>8</sup>

Em segundo lugar, vezes em sentido contrário questionam os limites do poder judiciário, neste caso. A decisão judicial que reconhece o direito de afirmação individual não se confunde com a atividade política de determinar regras e critérios para o registro de um casamento civil. Reconhecer o direito das minorias pode ser função do judiciário, assim como identificar incorreções na lei, mas reconhecer o direito da minoria não pode outorgar ao judiciário um poder legislativo, para suprir aquilo que a legislação – mesmo podendo dizer – não o fez. Em outras palavras, a democracia é afirmada por diretrizes em que a decisão final é do cidadão comum. A democracia é a afirmação mais honesta de que todos podem errar, se todos podem errar cabe ao cidadão assumir as decisões últimas.<sup>9</sup>

## 2.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA

Nenhum Tribunal pode no caso concreto deixar de afirmar os direitos de participação das minorias, pois há uma razão de ser da democracia que está em afirmar e tutelar direitos que muitas vezes não compreendem o interesse da maioria. A afirmação dos direitos da minoria ocorre como pressuposto de

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; García Jaramillo, Leonardo. El Canon neoconstitucional. Externado: Bogotá, 2010. p. 138-139.

<sup>9</sup> GARGARELLA, Roberto. Derecho Constitucional. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.p. 145.

atuação do Estado.<sup>10</sup>

Entretanto cabe a discussão sobre a forma correta de tutela dos direitos das famílias denominadas homoafetivas: afinal, cabe a defesa dos interesses de casais homossexuais, com o mesmo tratamento jurídico atribuído à família tradicional? É função do poder judiciário atribuir ao relacionamento homoafetivo o mesmo regramento atribuído ao casamento tradicional? A discriminação tem relação com o regime jurídico adotado?

Ao se analisar as questões sob o enfoque do direito como integridade, a interpretação constitucional oferece instrumentos ao julgador aptos para permitir participação política inclusiva, dentro de uma perspectiva de democracia comunitária. A integridade afirma um dever político do poder judiciário em afirmar não apenas as próprias decisões mas os direitos das minorias, segundo parâmetro de justiça inclusivo.<sup>11</sup>

Não restam dúvidas que a família homoafetiva devem dispor do mesmo tratamento oferecido às demais formas de família. Mas ficam duas questões: cabe ao judiciário a regulamentação da nova disciplina jurídica? Este reconhecimento é suficiente para superação do problema enfrentado?

Alguns autores vão afirmar o dever do poder judiciário, na afirmação da família homoafetiva. O juízes querem poder para decidir de acordo com aquilo que aparentemente é mais apropriado, segundo expectativa da maioria e no interesse da comunidade como um todo. Há relativo desconhecimento sobre a atuação ideal do poder judiciário, ou sobre uma função do judiciário como instrumento da democracia.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; García Jaramillo, Leonardo. El Canon neoconstitucional. Externado: Bogotá, 2010. p. 141.

<sup>11</sup> Ibidem. p. 140-141.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; García Jaramillo, Leonardo. El Canon neoconstitucional. Externado: Bogotá, 2010. p. 114.

Por mais que se busque o trabalho interpretativo é inequívoco o fato de que em parte, trata-se de invenção, diante das inevitáveis transformações. As perspectivas de entendimento de um determinado conceito ou critério de decisão são alternados segundo a convicção formada a respeito das bases e pressupostos das mesma proposições, segundo correspondência entre o direito e a expectativa social de conduta.<sup>13</sup>

Por si só, a interpretação viabiliza atividade criativa e de afirmação de novos direitos, por mais que esteja afastada dos critérios convencionais estabelecidos e aceitos consensualmente. A prática interpretativa por si só determina o trabalho criativo, que não está restrito aos parâmetros de direito existentes.<sup>14</sup>

Outros autores afirmariam que não é função do juiz promover a atualização constitucional e sim do povo, por meio de reforma, segundo atuação de representantes eleitos. Não há uma funcionalidade do direito desconexa da sua razão última, que está da deliberação democrática. O juiz não pode simplesmente afastar a aplicação da lei, pois a ele cabe a efetividade das disposições normativas já existentes.<sup>15</sup>

A questão de afirmação do direito individual não se confunde com a orientação normativa de disciplina jurídica do casamento. A atuação dos juízes afirmativa da possibilidade de casamento neste caso afasta a segurança jurídica e a próxima a democracia de um regime totalitário.<sup>16</sup>

Antes de adentrar a última questão, sobre a discriminação, ou se a atuação do judiciário neste caso é adequada para discriminação, o problema da função do poder judiciário deve ser enfrentado, a partir da análise da concepção de democracia, tendo como referência a função da Corte Constitucional.

---

<sup>13</sup> Idem. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 66.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 67.

<sup>15</sup> GARGARELLA, Roberto. *Derecho Constitucional*. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. P. 129.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 129.



## 2.2.1 O JUDICIÁRIO E A AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA

Neste contexto as decisões judiciais não enfrentam substancialmente as questões morais, restritas – na maioria das vezes – a proposições superficiais. A realidade moral não pode ser resumida ao mero jogo de palavras envolvendo valores. A realidade moral deve ser suficientemente enfrentada, de acordo com os fundamentos aceitos e adotados, em âmbito social.<sup>17</sup>

A afirmação de que o direito esteja em algum lugar pressupõe uma localização que está entre aquilo que ele é e aquilo que queremos que seja. Esta ideia justifica a ilusão de que a compreensão do direito pode ser definida segundo vontade da maioria. É necessário mecanismo para afirmar com precisão uma determinada proposição, tendo em vista a melhor interpretação para o caso concreto.<sup>18</sup>

Neste contexto, há uma questão cultural que merece ser enfrentada, especialmente no que se refere à tolerância interna. Se o Estado permanece neutro diante das diferenças sempre prevalecerá o mais forte. A ideia de prevalecer o mais forte não pode ser identificada como possibilidade, ou alternativa.<sup>19</sup>

Para muitos autores, se a democracia é o governo do povo resta saber a forma como o povo participa ativamente das deliberações políticas. Não se pode identificar na vontade do povo a afirmação da democracia, sem um controle de participação política. A questão não é a maioria e sim a oportunidade

---

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronaldo. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 84.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronaldo. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 60.

<sup>19</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa 2007, “La reinención del Estado y el Estado plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, nº 22, septiembre. Disponível em:

[bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf). p. 32.

de participação política.

E é por isso que o judiciário, para muitos autores, no exercício de atribuição política, como no controle de constitucionalidade, apresenta-se como órgão de defesa da sociedade, com função contra-majoritária. Os princípios determinantes, para julgamento, são estabelecidos pelo consenso, de que as pessoas teriam por objetivo primordial a proteção da liberdade.<sup>20</sup>

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Brasil estaria amoldada a uma atividade política de proteção das minorias. Isso porque a liberdade afirmada na democracia não é liberdade da maioria. As liberdades que devem ser protegidas são as liberdades de afirmação da cidadania. A cidadania deve afirmar a liberdade individual de participação política. Este modelo de democracia é em parte contra-majoritário.<sup>21</sup>

O registro de casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil é adequado ao pluralismo político identificado como realidade enfrentada. O casamento de pessoas do mesmo sexo para muitos afirmaria a afirmação política de pessoas consideradas diferentes. Os limites da lei, neste caso, não servem como parâmetro para definição do direito. O direito deve ser identificado na própria moralidade política em que as relações concretas acontecem.<sup>22</sup>

Entretanto, o que se discute no caso não é a afirmação do direito de afirmação da orientação sexual e sim os limites das atribuições do poder judiciário. Observado o limite do poder judiciário, deve-se registrar que os juízes não representam a

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronaldo. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 260.

<sup>21</sup> *Ibidem* p. 360.

<sup>22</sup> MANUEL ATIENZA. *Argumentación Jurídica y Estado Constitucional*. In: *Derechos, Justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet, Miravet Bergón, Pablo; Añóin Rig, María José* (Coord.). Disponível em: [www.juridicas.inam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf](http://www.juridicas.inam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf). p. 367. vista de una teoría exigente. (...)"

última voz do direito. Ou melhor, considerar que os juízes sejam a última voz do direito conspira contra a democracia, pois a função desempenhada pelo judiciário não pode estar inserida em uma proteção geral e controle dos demais poderes. O que se espera é o cumprimento de disposições normativas legitimamente instituídas.<sup>23</sup>

Proteger o direito individual e a intimidade na orientação sexual é função do poder judiciário. Mas regulamentar o registro civil de casamento de pessoas do mesmo sexo é uma atividade exercida exclusivamente pelo poder legislativo.

### 2.2.2 O CÍRCULO HERMENÊUTICO E A DECISÃO DA SUPREMA CORTE

O direito, a verdade e o poder representam os fundamentos da estrutura de Estado. O direito limita o poder, da mesma forma o poder produz a verdade e faz com que seja transmitida<sup>24</sup>. A verdade tem uma funcionalidade e por isso é alcançada de forma estratégica, tendo em vista a preservação legítima das bases do poder estatal. O poder, atualmente, tem a função de buscar a verdade, profissionalizando-a. A lei produz o discurso da verdade.<sup>25</sup>

O casamento de pessoas do mesmo sexo não pode ser considerado um pressuposto para se afastar a discriminação, pois o casamento não é mais paradigma da família. Não há uma verificação atual do casamento como fundamento ou pressuposto do que seja família. As relações familiares ocorrem nas relações sociais concretas.

O casamento é a hipocrisia de um ideal assumido pela

---

<sup>23</sup> GARGARELLA, Roberto. *Derecho Constitucional*. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. p. 147

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução: Roberto Machado. 23 ed. São Paulo: Graal, 2007. p. 179.

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução: Roberto Machado. 23 ed. São Paulo: Graal, 2007. p. 180.

sociedade, mas que não realiza o fim a que se destina. Duas questões devem ser analisadas, antes de se afirmar que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não tem nada a ver com a discriminação: em primeiro lugar, o casamento como realização estética; em segundo lugar, o casamento como instituto assumido como base da sociedade.

A interpretação de qualquer orientação normativa deve observar o valor pela noção de “casamento”. A arte vivencial pois a compreensão do termo decorre da vivência, segundo expressão da vida. A ideia do casamento é estética e indica valor inerente à família. A determinação ontológica da palavra “casamento” não pode ser definida sem a vivência. A vivência assume o casamento como uma necessidade estética da família.<sup>26</sup>

A representação da arte, neste caso, é simbólica, como representação da família. A perspectiva de casamento – do ponto de vista estético – orienta uma concepção de família, que tem o núcleo familiar definido segundo expectativa de um casal. Nesta perspectiva estética, a base da família seria o casamento. Neste contexto, o sentido da representação na “arte” (interpretação atribuída ao casamento) se confunde com o sagrado, família como união estabelecida por Deus, entre homem e mulher. A família é um critério em que o casamento aparece como fundamento sagrado, simbólico.<sup>27</sup>

Sem embargos, assumir a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo é assumir que o paradigma<sup>28</sup> tradicional-religioso como ideal da família moderna. É o mesmo que caracterizar na união homoafetiva as mesmas prerrogativas

---

<sup>26</sup> GADAMAR, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 117.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 214.

<sup>28</sup> KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva. 2007. p. 128.

que atualmente são negadas como na família moderna<sup>29</sup>. A realização da família é uma realização que nega a individualidade e nega a afirmação do sujeito de direito<sup>30</sup>. O casamento homoafetivo não busca afirmar os valores cristãos e sim a realização individual.

A afirmação individual é incompatível com os valores tradicionais do casamento. A afirmação do casamento tradicional a pessoas do mesmo sexo não resolve o problema da discriminação, presente nas relações sociais concretas.

O trabalho do hermeneuta concluiria exatamente o contrário da afirmação da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois os princípios adotados pelo casamento, como razão de ser (razão última), não estão presentes. O hermenêutica deveria, neste caso, afastar a sua compreensão para análise de uma caso determinado, tendo como função atingir uma compreensão isenta da definida pelos parâmetros aplicáveis a um determinado momento, sem determinar a compreensão pelas afirmações existentes ou pelo conhecimento ante-

---

<sup>29</sup> Novo testamento. Gálatas 2:20: “Já estou crucificado com Cristo; e vivo, não eu, mas Cristo vive em mim; e a vida que agora vivo na carne, vivo-a na fé do Filho de Deus, o qual me amou, e se entregou a si mesmo por mim.” (consultado em <http://www.bibliaonline.com.br/acf/s/nt/cristo%20vive%20em%20mim>)

<sup>30</sup> Bíblia Antigo e Novo Testamento: “(...)

Levítico 18, 22-24 – Disse o Senhor: Não te deitarás com um homem como se faz com mulher; é coisa abominável. Não terás comércio carnal com nenhum animal, contaminando-te com ele. A mulher não se ponha diante de um animal para unir-se com ele: é uma perversão. Não vos contaminareis com nenhuma dessas coisas, porque com todas elas se contaminaram os povos que eu expulsarei de diante de nos.

(...)

Levítico 20, 13 – Se um homem usar com outro homem, como se fosse mulher, ambos cometeram uma torpeza abominável; serão punidos de morte e sua morte recairá sobre eles.

(...)

I Coríntios 6, 9-10 – Acaso não sabeis que os injustos não terão parte no reino de Deus? Não vos iludais: nem fornicadores, nem idólatras, nem adúlteros, nem efeminados, nem sodomitas, nem ladrões, nem gananciosos, nem ébrios, nem maldizentes, nem rapaces terão parte no reino de Deus.

(...)”

rior.<sup>31</sup>

No método científico os elementos históricos são afastados para comprovação dos pressupostos determinantes. O que ocorre ainda no campo das ciências do espírito não é o emprego de uma compreensão existente para a justificação de direito. Dessa forma não há como se afastar toda ciência de uma qualidade eterna, da arte observada que afirma e define algo novo. A compreensão é algo novo resultante do caráter crítico aplicado a uma determinada assertiva.<sup>32</sup>

Neste caso a decisão empregada pela Suprema Corte no Brasil não foi técnica, pois levou em consideração critérios políticos para afirmar um direito, que já não tem a essência que justificou a sua formação. O casamento não é uma afirmação do sujeito, o casamento é justamente o contrário daquilo que afirma o sujeito de direito.

A questão do círculo hermenêutico deve ser levada em consideração, diante da milagrosa identificação de uma compreensão da necessidade de afirmação da intimidade individual, que não pode ser realizada no casamento civil, apenas. O casamento como ideal assumido pela sociedade como base da família não representa atualmente quase nada. A forma como uma determinada afirmação é identificada coletivamente se torna óbice para revelação da compreensão ideal, uma vez que o casamento (que tradicionalmente nega a realização da libido individual) se torna argumento para se afirmar a liberdade sexual, como se pelo casamento houvesse afirmação da união afetiva formada por pessoas do mesmo sexo.<sup>33</sup>

Essa compreensão não se revela imediatamente. Este círculo possui ontologia positiva no sentido de exigir desconstru-

---

<sup>31</sup> GADAMAR, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 437.

<sup>32</sup> *Ibidem*. p. 454.

<sup>33</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complemento e índice*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 73.

ção de uma teoria empregada. Toda interpretação em parte traz expectativa que não é confirmada e hábitos que se voltam para si. Toda compreensão é duvidosa no primeiro momento e mesmo superados os questionamentos iniciais, esta superação não define a essência do objeto que se pretende conhecer.

### 2.2.3 O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

A liberdade sexual, ou a intimidade própria do ser humano não precisa encontrar justificativas, em padrões ou critérios tradicionais de afirmação da família como o casamento. O casamento não é um padrão da sociedade atual, assim como a arte não se apresenta como a beleza natural, inquestionável. A arte exerce importância fundamental, em razão da limitação do natural, ou daquilo que se apresenta como tradicional. Dessa forma, reconhecer a limitação do natural e as possibilidades do artístico é fundamental para preservar a continuidade hermenêutica, no sentido de que o caminho ideal para proteção da união afetiva de pessoas do mesmo sexo, é por meio da afirmação própria do que é real na sociedade.<sup>34</sup>

Não há um padrão sexual, ou um critério de satisfação da libido. Há entendimento social suficiente, que justifique a liberdade individual. A discriminação muitas vezes ocorre por pessoas que assumem em sua intimidade um padrão de comportamento homossexual, na realização individual de sua libido. Mesmo assumindo opção homossexual algumas pessoas impõe discriminação, afirmando valores tradicionais que já não existem. A Bíblia não é um padrão de comportamento do homem moderno.

A liberdade do naturalmente belo, ou daquilo que é buscado por todos, determinou uma ruptura no padrão estético. Se

---

<sup>34</sup> Idem. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Enio Paulo Giachini. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 148.

em um determinado momento o comportamento homossexual não era aceito por convenção social, hoje a realidade homossexual permeia todas as esferas de todas as comunidades, minoritárias ou não. A discriminação existe, pela influência de parâmetros tradicionais, que já foram rompidos. O belo não era mais a imagem representada pela conduta ideal, o belo passou a ser a preservação e o bem-estar e liberdade individual. O que é belo hoje não é a família e sim a realização da individualidade. O que é afirmado hoje é a felicidade e satisfação pessoal, como direito fundamental do ser humano. Não há como se afastar a liberdade sexual da satisfação individual e da afirmação da pessoa humana.

O que não se justifica é: assumir o casamento homossexual como opção de reconhecimento de direito, por meio da atuação do poder judiciário, para todos os casos. A visão estética do mundo é a preservação das coisas, justificada pela enfermidade da ignorância. É ignorância acreditar que as bases tradicionais da sociedade sejam ainda padrão para alguma coisa. A máquina óptica que faz com que as pessoas vejam o mundo de forma passiva sem participar da sua realização, como padrão de governo da comunidade, torna fácil a opção tradicional, que é totalmente prejudicial, ao que ser buscada. A união entre pessoas do mesmo sexo deve ser afirmada, como entidade familiar, como relacionamento civil, mas fora do padrão tradicional de casamento, atualmente. O judiciário pode reconhecer os mesmos direitos, mas a alteração do regime jurídico é trabalho legislativo, que demanda mudança na forma social de análise conceitual do casamento civil. Um governo, neste caso, impõe-se em uma compreensão da realidade definida na passividade de quem deveria construir as bases do direito e da realidade, por meio da participação efetiva nos acontecimentos.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup>RANCIÈRE, Jacques. *El espectador emancipado*. Traducción: Ariel Dillon. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 11.



De fato a perspectiva da arte decorre de uma vivência estética. A arte é viva, pois ela se insere como vivência estética. A perspectiva da arte é fundamentada na estética. Ao mesmo tempo em que a arte é justificada na estética ela impõe um valor peculiar distinto da beleza natural.<sup>36</sup>

A sociedade não pode ser passiva, no sentido de aguardar uma modificação política da realidade. A família em que o seu núcleo é definido por pessoas do mesmo sexo é uma realidade, que não pode ser rompida pelo ordenamento jurídico. Sem embargos, o ordenamento jurídico, ao adotar fundamentos tradicionais para afirmar direito verificado na sociedade atual, coloca em risco a legitimidade de suas bases.



## BIBLIOGRAFIA

- BRITTO, Carlos Ayres. Ssupremo Tribunal Federal. ADI 4277. Supremo Tribunal Federal: Brasília, 2012.
- DWORKIN, Ronaldo. A Justiça de Toga. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; García Jaramillo, Leonardo. El Canoon neoconstitucional. Externado: Bogotá, 2010.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Tradução: Roberto Machado. 23 ed. São Paulo: Graal, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. Derecho Constitucional. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: Traços fun-

---

<sup>36</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Enio Paulo Giachini. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 117.

- damentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Enio Paulo Giachini. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complemento e índice. Tradução: Enio Paulo Giachini. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003
- HABERMAS, Jürgen. Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. Santiago: Revista de la Universidad Bolivariana, año/vol. 4, número 010.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva. 2007.
- MANUEL ATIENZA. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. In: Derechos, Justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet, Miravet Bergón, Pablo; Añóin Rig, María José (Coord.). Disponível em: [www.juridicas.inam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf](http://www.juridicas.inam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf). p. 354-355.
- RANCIÈRE, Jacques. El espectador emancipado. Traducción: Ariel Dillon. Buenos Aires: Manantial, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa 2007, “La reinención del Estado y el Estado plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, nº 22, septiembre. Disponível em: [bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf)