

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DÓRIS DE CÁSSIA ALESSI

**CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E O PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

MARÍLIA
2012

DÓRIS DE CÁSSIA ALESSI

CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *strictu sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. OSWALDO GIACOIA JUNIOR

MARÍLIA
2012

Alessi, Dóris de Cássia

Casamento civil homoafetivo e o princípio da dignidade da pessoa humana / Dóris de Cássia Alessi; orientador: Oswaldo Giacoia Junior. Marília, SP: [s.n], 2012.

109 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, Marília, 2012.

1. Princípio de Dignidade da Pessoa Humana 2. Uniões Homoafetivas
3. Casamento Civil Homoafetivo

CDD: 342.1628

DÓRIS DE CÁSSIA ALESSI

CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA

Banca Examinadora da Defesa Pública de Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, ____ de _____ de 2012.

*Aos meus pais, à minha irmã Cristina
e ao Thiago, meu marido.*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. **Oswaldo Giacoia Junior** pela orientação segura e pelos ensinamentos preciosos, sempre acompanhados de sua sabedoria.

Às funcionárias Marilena Neto Nakadaira e Taciana Soares de Oliveira, sempre solícitas e prestativas em todos os momentos.

Ao meu pai, **Antonio Carlos Alessi**, fonte de inspiração, que sendo professor livre-docente, me ensinou a arte de pensar o trabalho acadêmico e leu cuidadosamente todo o meu trabalho.

“Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”.

(Artigo XVI, 1, Declaração Universal dos Direitos do Humanos).

ALESSI, Dóris de Cássia. **Casamento civil homoafetivo e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2012. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

Com a promulgação da Carta da República, em 1988, firmou-se o Direito de Família no nível constitucional. A família brasileira passou por um processo de democratização culminando, com a inserção de princípios basilares, como o pluralismo familiar, a igualdade entre os cônjuges e companheiros, o princípio da liberdade e o da não-discriminação. O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo de maneira adequada ao atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com base na interpretação das leis e na metodologia hermenêutica, visa demonstrar que diante do reconhecimento da união homoafetiva estável, não existe fundamento válido que justifique o não reconhecimento do matrimônio civil entre pessoas do mesmo sexo como instituto consentâneo com a Magna Carta, com o ativismo judicial como método de interpretação e de novos conceitos jurídico-filosóficos. Para isso, aborda os entendimentos construídos na literatura e na jurisprudência acerca das formas de proteção dos relacionamentos homossexuais. Analisa ainda, sob a perspectiva da filósofa pós-estruturalista estadunidense Judith Butler, a tese da desconstrução do gênero, com enfoque na discussão a respeito da dualidade sexo/gênero. Essa construção jurídico-filosófica servirá, ao final, para uma análise crítica do atual posicionamento jurídico. Ao trabalhar com uma perspectiva principiológica, o estudo acaba por conduzir à necessidade do reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Uniões Homoafetivas. Casamento Civil Homoafetivo.

ALESSI, Doris de Cássia. **Homoaffective civil marriage and the principle of human dignity**, 2012. 109 f. Dissertation (Master of Law) - University Center Euripides de Marília, Education Foundation "Euripides Soares da Rocha", Marília, 2012.

ABSTRACT

With the promulgation of the Constitution of 1988, it was introduced the Family Law on constitutional basis. The Brazilian family came to have a democratization process culminating in the inclusion of basic principles, such as family pluralism, equality between spouses and partners, the principle of freedom and non-discrimination. The present work aims to analyze the concept of marriage in a way appropriate to the current paradigm of constitutional democratic rule of law and its principles, based on the Principle of Human Dignity. Based on the logical and deductive methods, aims to demonstrate the possibility of recognition of marriage between same sex on the analysis and interpretation of *Carta Magna*, the judicial activism as a source of law and new legal and philosophical concepts. To accomplish this task, the understandings constructed in the literature and case law concerning the protection of forms of homosexual relationships. It also examines the perspective of American post-structuralist philosopher Judith Butler's argument - deconstruction of the genre, focusing on discussion of the dual sex / gender. This legal and philosophical approach, will conduct to a critical analysis of the current legal position. When working with a principled perspective, the study ultimately leads to the necessary recognition in contemporary Brazilian legal system, marriage between persons of the same sex.

Keywords: Constitutional Principles. Principle of Human Dignity. Homoaffective Unions. Civil Homoaffective. Marriage

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI: Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.: Artigo
CC: Código Civil
CF: Constituição Federal
CPC: Código de Processo Civil
LICC: Lei de Introdução ao Código Civil
STF: Supremo Tribunal Federal
STJ: Superior Tribunal de Justiça
TJ: Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - NOTAS SOBRE A NOÇÃO DE HOMOAFETIVIDADE	14
1.1 Conceito e Evolução Terminológica	14
1.2 Uma Perspectiva Histórica	19
1.3 Direito e Sociedade.....	25
CAPÍTULO 2 - DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FENÔMENO JURIDICAMENTE RELEVANTE.....	36
2.1 O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Homoafetividade	36
2.2. Ativismo Judicial.....	41
2.3 A Família e a União Estável Homoafetiva	48
CAPÍTULO 3 - DESCONSTRUÇÃO DO GÊNERO E HOMOAFETIVIDADE	59
3.1 O Gênero como Tema	59
3.2 Desconstruindo o Gênero	62
3.3 Gênero e Homoafetividade.....	64
CAPÍTULO 4 - O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	69
4.1 Casamento Civil x Casamento Religioso	69
4.2 O Casamento Civil Homoafetivo como Direito Fundamental Implícito.....	77
4.3 Da Possibilidade Jurídica Casamento Civil Homoafetivo.....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. O casamento civil homoafetivo tem sido objeto de questionamento por parte da comunidade jurídica e de grande parte da população.

Os tribunais brasileiros têm debatido amplamente a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, discussões estas que levantam questões de grande relevância para a interpretação das normas constitucionais. Todo questionamento decorre da análise dos princípios constitucionais e das normas que regulam a união estável e os direitos dela decorrentes.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, aplicando, dentre outros, os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, a união estável homoafetiva. Com base no entendimento de que a família é uma entidade fundada no afeto, no companheirismo e no respeito mútuo, delineada pelo “amor romântico”, aplicou tratamento isonômico para casais homossexuais e heterossexuais.

Apesar do avanço nas conquistas dos direitos dos homossexuais, ainda não existem políticas públicas satisfatórias ou leis que garantam o pleno exercício de direitos básicos para todos estes cidadãos. Cada direito alcançado é fruto da luta de inúmeras pessoas que desejam apenas o reconhecimento de seus direitos fundamentais, direitos estes garantidos na Constituição Federal de 1988, que possui como um de seus objetivos a liberdade à orientação sexual.

A existência das uniões homoafetivas é um fato social. Elas existem e cada vez mais os casais homossexuais procuram formas de garantir segurança e reconhecimento às suas relações. O fato de a Constituição Federal garantir proteção à união estável entre o homem e a mulher não significa que se deva discriminar ou proibir outro tipo de união formada por pessoas do mesmo sexo. O mesmo aplica-se ao casamento.

O importante é garantir que os preceitos constitucionais sejam aplicados indistintamente a todos os indivíduos. A consagração do princípio da igualdade consiste em tratar situações assemelhadas de forma semelhante, de modo a evitar a discriminação como princípio. O princípio constitucional é o da igualdade como justiça equitativa.

Interessante destacar a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico vigente. Com a mudança de paradigmas da sociedade e de seus valores, nossa Magna Carta

reconheceu outras espécies de família além daquelas formadas pelos laços do matrimônio. Atualmente, a família funda-se, sobretudo, no apoio afetivo e emocional das pessoas nela integradas.

Assim, as famílias de hoje são formadas tendo como fundamento os laços afetivos. O que delinea uma base familiar é a convivência afetiva das pessoas, o afeto, que deve gerar efeitos na órbita do Direito de Família, para além deste ou daquele posicionamento ideológico, sócio-cultural específico ou religioso. Como nos ensina Silva Junior¹:

É a perspectiva de vida em comum, aliada à convivência respeitosa e afetivamente estável que diferenciam a família dos demais agrupamentos humanos. Assim, formado por seres humanos que se amam, para além de qualquer restrição discriminatória, determinado grupo familiar já está sob a chancela protetora da nova ordem constitucional, a partir da sistemática do referido artigo 226, em sintonia com a base principiológica da Constituição Federal, que tem na dignidade da pessoa humana o seu eixo central de sustentação.

No sentimento que se expressa nas relações afetivas é que se encontra o alicerce para construção da família; ela é a razão a ser da proteção constitucional.

Considerando que a Ordem Constitucional pátria possui como um de seus fundamentos essenciais o primado da democracia, é de suma importância visualizar a observância, pelo legislador constituinte, do acolhimento do afeto como um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, trazido no art. 1º, III, da Carta Magna. É possível afirmar que a afetividade foi elevada à categoria de princípio constitucional, direito fundamental.

Academicamente o tema é pertinente, em virtude de se apresentar como assunto de um novo debate: se a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo é juridicamente possível, por que não estender seus efeitos e reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo?

O presente trabalho visa a responder tal indagação. Para tanto, foram utilizados, como base, fundamentos teórico-jurídicos, e como pressupostos os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Necessário destacar que o reconhecimento do casamento civil homoafetivo e não apenas da união estável homoafetiva é de extrema importância em razão dos diversos aspectos

¹ SILVA JUNIOR, Enésio de Deus. **Família homoafetiva**. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=8926>. Acesso em: 17 fev. 2012.

que diferenciam os dois institutos. Em primeiro lugar, é somente com o casamento que os cônjuges alteram seu o estado civil para o de casados. Quanto aos efeitos, a prova da constituição do casamento é feita apenas com a certidão de casamento, enquanto a união estável deve ser provada judicialmente. No tocante a paternidade, existe presunção em relação aos filhos havidos na constância do casamento. E ainda devem ser destacados os deveres de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, que existem apenas no casamento.

A repercussão das relações homoafetivas vem passando por profundas transformações, principalmente no que se refere à sua proteção. Os desejos da sociedade, em luta por serem reconhecidos seus anseios, devem ser levados em conta pelo Estado e pelo Direito, de modo a construir-se um novo conceito de entidade familiar.

O Direito como mecanismo de regulação dos conflitos sociais, deve ordenar normativamente a vida em sociedade, deve ter a preocupação de tratar de forma equânime todos os indivíduos. Assim, partindo de uma análise de que o direito é a base da sociedade, seguindo por uma fundamentação com supedâneo em princípios constitucionais da família e do direito homoafetivo, recorrendo a uma digressão filosófica sobre a desconstituição do gênero, concluiremos com a defesa da inexistência de um fundamento lógico-racional que justifique o não reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo.

Por fim, em anexo, pareceres do Ministério Público e decisões do Poder Judiciário que analisam a possibilidade do Casamento Civil Homoafetivo no atual sistema jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1 - NOTAS SOBRE A NOÇÃO DE HOMOAFETIVIDADE

1.1 Conceito e Evolução Terminológica

Etimologicamente, a palavra homossexual deriva do prefixo grego “hómos” que significa “semelhante” e do latim “sexus”. Assim, considera-se homossexual a pessoa que possui atração libidinal por outra do mesmo sexo.

Sutter² conceitua: “homossexual é o indivíduo que não nega seu sexo, mantendo sua identidade no seu sexo biológico, mas cuja atividade sexual só se volta para pessoas do mesmo sexo que o seu.”

Há grande controvérsia em relação à criação do termo homossexual. Trevisan³ afirma que em 1862 um jurista alemão de nome Karl Heinrich Ulrichs criou a palavra “uranismo” para se referir à homossexualidade. Segundo Dias⁴, a palavra homossexualidade, propriamente dita, só surgiu em 1869, criada pelo médico húngaro Karoly Benkert. E continua: “Exprime tanto a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com pessoa do mesmo sexo”.

O termo homossexualismo deriva estritamente do contexto sexual. Sua utilização é restrita atualmente, pois possui tom depreciativo em razão de seu sufixo “ismo”, associado, na medicina, a doença ou condição patológica.

Em 1973 a homossexualidade foi retirada da lista de transtornos mentais constante do Código Internacional de Doenças, da Associação de Psiquiatria Americana. Em 1985, deixou de ser catalogada pelo código internacional de doenças e apenas em 1992 a Organização Mundial de Saúde declarou que as relações entre duas pessoas do mesmo sexo não se configurava homossexualismo, devendo-se utilizar a terminologia homossexualidade.

O sufixo “ade”, da palavra homossexualidade, significa “modo de ser”. Assim, retirou-se totalmente o estigma de doença que por muito tempo acompanhou os homossexuais.

² SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140.

³ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 54.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

Na lição de Vecchiatto⁵, a homossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de “amor romântico” por uma pessoa do mesmo sexo:

Tecnicamente, pode ser definida como atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma, a heterossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico que se sente por pessoas do sexo diverso, sendo assim, igualmente, a atração erótico-afetiva que se sente por pessoa de sexo diverso.

Importante ressaltar que a classificação homossexualidade e heterossexualidade surgiu como consequência da evolução dos estudos a respeito da sexualidade humana. Até o século XIX a palavra mais utilizada para designar as relações entre pessoas do mesmo sexo era a expressão latina “sodomia”, que se origina do relato do Antigo Testamento, no Livro de Gênesis, sobre a destruição das cidades Sodoma e Gomorra pela ira divina, em virtude dos pecados cometidos por seus habitantes. Para a homossexualidade masculina, também se utilizava a expressão “uranismo”, ou inversão genital, que poderia ser artificial, vício na relação homossexual, ou perversão, degeneração mental⁶.

Quanto à homossexualidade feminina, há denominações tais como “safismo, lesbianismo e tribadismo”. A palavra lésbica vem do latim “lesbius” e originalmente referia-se somente aos habitantes da ilha de Lesbos, na Grécia. A ilha foi um importante centro cultural onde viveu a poetisa Safo, entre os séculos VI e VII a.C., muito admirada por seus poemas sobre amor e beleza, em sua maioria dirigida às mulheres. Por esta razão, o relacionamento sexual entre mulheres passou a ser conhecido como lesbianismo ou safismo. A denominação “tribadismo” vem do grego “tribá”, de tribo, que significa esfregar, friccionar; e corresponde à prática sexual pela fricção mútua dos órgãos genitais⁷.

A palavra homossexualidade foi se tornando, ao longo dos tempos, carregada de preconceito, o que levou a uma busca de outros termos. Surgiu então na Inglaterra a palavra “gay”, significando “alegre, jovial”, que intencionalmente procura expressar o “orgulho de ser homossexual”.

No mesmo sentido, surgiram também os termos homoerotismo, homoessência e homoafetividade.

⁵VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 576.

⁶ OLIVEIRA, Reges Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

⁷ NAHAS, Luciana Fáisca. **União homossexual**: proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 111.

No início dos anos 1990, o psicanalista brasileiro Costa⁸ utiliza o termo homoerotismo, colocando-o em contraposição explícita aos termos homossexual e homossexualismo. Argumenta o autor que, primeiramente, trata-se de um termo com uma noção mais flexível e descritiva das pluralidades e práticas direcionadas à orientação ao mesmo sexo, a fim de desconstruir a idéia de essência ou estrutura humana homossexual, doença ou anormalidade. Além disso, porque o termo não possui a forma substantiva indicativa de identidade; fala-se de um “homem homoeroticamente inclinado”, mostrando que o “homem homossexual” é uma realidade linguística e não natural. Em segundo lugar, argumenta que o “homossexual” foi uma personagem imaginária, com a função de ser a antinorma do ideal de masculinidade e virilidade requerido pela família burguesa oitocentista, ocultando as diversas expressões homoeróticas de diversos personagens históricos como Sócrates, Júlio Cesar, Alexandre e Ricardo Coração de Leão. Por fim, o autor salienta que a carga de preconceito contida no uso das palavras é independente da intenção moral de quem as emprega.

Silva Júnior⁹ prefere a expressão homoessência, termo introduzido pela Associação Brasileira de Estudos da Homocultura. Homoessência significa a atração entre duas pessoas do mesmo sexo em sintonia com o plano essencial da constituição humana. “Visa a uma compreensão sensível da afetividade voltada para o mesmo sexo, porquanto a estrutura humana de desejo é infundável nascente da psique e um bem fundamental, que não se obstaculiza”.

O neologismo homoafetividade foi cunhado pela desembargadora Maria Berenice Dias no ano 2000, no seu livro “União homossexual: o preconceito e a justiça”. Deriva do latim “affectus”, que significa “afeiçoado”. Em sua essência, busca evidenciar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade. Tem como base o afeto, o amor, o envolvimento amoroso, a razão de ser da união, do amor entre iguais.

O termo homoafetivo foi amplamente aceito pela sociedade, encontrando-se hoje inserido na linguagem comum. A principal diferença entre as expressões homossexual e homoafetivo encontra-se no fato de que a primeira designa a atração por outra pessoa do mesmo sexo, enfatizando o sexo, o desejo. A segunda enfatiza o afeto, o vínculo amoroso, o comprometimento, a vontade de constituir uma família.

⁸ COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 24.

⁹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 58.

Corroborando Dias¹⁰,

Quem sabe mudando conceitos se eliminam preconceitos. Até porque não há dúvida de que o afeto existente na maior parte das uniões homossexuais é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiras.

Novas denominações ainda surgem. Terminologias como “heteroflexíveis” (ou “bicuriosos”), homens e mulheres que experimentam relações com pessoas do mesmo sexo, apenas para terem certeza do que realmente gostam; e “crossdresser”, homens ou mulheres que se vestem com roupas do sexo oposto, mas não necessariamente deixam de ser heterossexuais.

Importante lembrar, ainda, do bissexual. Na bissexualidade a pessoa sente atração por ambos os sexos. Segundo Ribeiro¹¹, a bissexualidade é inerente a todo o indivíduo no começo da vida, e, com o passar do tempo, há a fixação na homossexualidade ou na heterossexualidade.

De acordo com os Princípios da Yogyakarta, documento firmado em novembro de 2006 pela Comissão Internacional de Juristas e Serviço Internacional de Direitos Humanos, a expressão que goza de maior aceitação é “orientação sexual”. De acordo com Vecchiatti¹², foi definido como “capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.

Aliás, interessante ressaltar que os Princípios da Yogyakarta são o produto da reunião de vinte e nove especialistas na questão da sexualidade e Direitos Humanos, de vinte e cinco países diferentes, na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia. Os Princípios de Yogyakarta tratam da “aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”.

¹⁰ Op cit., p. 48.

¹¹ FERNANDES, Taisa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p. 227.

¹² Op cit., p. 77.

Na verdade, estes princípios¹³ são uma espécie de compilação e reinterpretação das definições de direitos humanos fundamentais, sobre o prisma da sexualidade. O texto dos Princípios de Yogyakarta¹⁴ apresenta vinte e nove destes Direitos Humanos clássicos, e mostra como a questão da orientação sexual e da identidade de gênero se encontram já protegidas. Como exemplo, interessante elencar: 1) *Direito ao gozo universal dos direitos humanos*: todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Sem que importe suas orientações sexuais e identidades de gênero, todos têm direito a usufruir integralmente dos direitos humanos; 2) *Direito à Igualdade e à não discriminação*: a toda pessoa é assegurada a igualdade perante a lei, bem como igual proteção, sem qualquer discriminação, seja por conta de seu gênero, raça, idade, religião, incapacidade física, saúde ou status econômico; 3) *Direito à Liberdade de Opinião e Expressão*: nesse sentido, nunca poderá uma pessoa ter seu direito à palavra tolhido pelo simples fato de ser homossexual ou transgênero, ou por defender os direitos desses grupos; 4) *Direito ao absoluto reconhecimento de sua identidade de gênero e orientação sexual perante a lei*: nenhum ser humano será pressionado a esconder, suprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

No Brasil, a terminologia homoafetividade ou a união homoafetiva ganhou destaque e está plenamente consolidada no seio social e nos Tribunais. É preferida em relação à expressão homossexualidade ou união homossexual, em razão de seu viés humanista, pois considera o envolvimento afetivo como alicerce da união entre duas pessoas do mesmo sexo, que possuem como objetivo a construção de uma família.

De grande valia destacar trecho do voto¹⁵ do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Carlos Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 no que se refere ao neologismo homoafetividade:

Sucedo 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

¹³ Na lição de Alexy, “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandados de otimização* enquanto que as regras tem o caráter de *mandados definitivos*. E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos.” ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 90.

¹⁴ Princípios de Yogyakarta. Disponível em: <<http://www.yogykartaprinciples.org>>. Acesso em: 15 out. 2011.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADPF n.º 132 e ADIN n.º 4277**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 12 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 12 set. 2009.

da língua portuguesa, a exemplo do “Dicionário Aurélio”. Verbetes 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 uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. 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 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”.

Interessante que no mesmo voto, o ilustre Ministro acima citado ousa cunhar o substantivo antônimo “heteroafetividade”. Interessante porque mesmo as relações heteroafetivas baseadas no afeto e solidariedade, no “amor romântico”, são sempre chamadas de heterossexuais. Não deveríamos então incorporar também nos dicionários a expressão “heteroafetivo”?

1.2 Uma Perspectiva Histórica

A homossexualidade sempre esteve presente na história da humanidade. Era comum entre os romanos, egípcios, gregos e assírios.

Existem relatos da prática da homossexualidade na Mesopotâmia, sendo uma das primeiras expressões da existência e possível aceitação social dos relacionamentos. Segundo Moreira¹⁶ está presente na epopéia de Gilgamesh, “legislador da segunda dinastia de Uruk (2700-1500 A.C), seguiu em uma jornada pela busca da sabedoria e dos segredos da vida após a morte de Enkidu, personagem que muitos autores crêem ser seu amigo-amante. A forte relação entre os dois homens é demonstrada em várias passagens do poema épico”.

Ainda de acordo com o mesmo autor¹⁷, há indícios de relação entre pessoas do mesmo sexo no Egito. “Em uma tumba da 5ª dinastia dois homens são explicitamente retratados como amantes. Aparecem abraçados, de mãos dadas e tocando os narizes, sinal de expressão de afeto em muitas culturas antigas”.

¹⁶ MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 291.

¹⁷ Op Cit., p. 296.

Oliveira¹⁸ relata que o primeiro registro de um casal homossexual da história é de um casal egípcio de sexo masculino, que viveu por volta de 2.400 a. C.

Pode-se afirmar que foi na Grécia que o fenômeno tomou maiores proporções. Além de relacioná-la à carreira militar e religiosa, os gregos atribuíam à homossexualidade fatores como a intelectualidade, ética comportamental e estética corporal. As Olimpíadas eram disputadas por atletas nus para exibir a beleza física. As mulheres não eram convidadas a entrar nas arenas, pois segundo os gregos não sabiam apreciar o belo. O ideal de excelência era o masculino.

Na cultura grega, a celebração do amor entre homens levou à existência de inúmeras uniões entre pessoas do mesmo sexo. De acordo com Spencer¹⁹, apesar do caráter pedagógico e temporário do relacionamento entre o homem mais velho e o mais novo, a ligação entre amado e amante muitas vezes permanecia durante toda a vida.

Em Roma a união entre pessoas do mesmo sexo não tinha o mesmo valor cultural que na Grécia. Eram toleradas. Entretanto o envolvimento sexual entre os mesmos era amplamente praticado. Segundo Oliveria²⁰ o romano Suetônio escreveu, no século II, sobre os hábitos dos governantes do fim da República e do começo do Império Romano. “Dos doze Césares, só um deles, Cláudio, nunca teve relações homossexuais. O mais famoso, Júlio César (100-44 a.C.), teve aos 19 anos um relacionamento com o rei Nicomedes”.

Entretanto, na Roma clássica, a passividade na relação era menosprezada. Era considerada falta de virilidade. Se um homem livre submetesse um escravo às suas vontades, o comportamento era tranquilamente aceitável. Se o inverso ocorresse, interpretava-se que aquele homem não possuía qualquer relevo social, de modo que o homem livre era equiparado a um escravo.

Na China as relações homossexuais eram tratadas de forma natural. A homossexualidade era influenciada por seus imperadores. Cada imperador tinha inúmeros “favoritos”, e havia uma grande disputa na corte para se tornar um desses, já que em consequência da relação do imperador com o seu favorito, este era beneficiado com riqueza e prestígio.

Durante a Idade Média a vontade de Deus era o argumento para todas as ações. A ascensão do Cristianismo em Roma reverteu os valores da época. O papa passou a ter um

¹⁸ Op Cit., p. 39.

¹⁹ SPENCER, Colin. **Homossexualidade, uma história**. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 420.

²⁰ Op. Cit. p. 40.

poder divino sobre a terra, dividindo com os imperadores o governo das nações, influenciando como nunca o futuro da humanidade. O conhecimento ficou restrito aos nobres e aos clérigos.

É possível afirmar que o maior preconceito surgiu com as religiões, pois para a maioria delas, todas as relações sexuais deveriam dirigir-se apenas à procriação. Todo ato sexual realizado fora do casamento e sem finalidade reprodutiva era visto como “impuro”.

Como muito bem aponta Dias, ao reportar-se à concepção tida pela Igreja Católica: “Toda atividade sexual com uma finalidade diversa da procriação constitui pecado, infringindo o mandamento ‘crescei e multiplicai-vos’. Daí a condenação ao homossexualismo masculino: haver perda de sêmen, enquanto o relacionamento sexual entre mulheres era considerado mera lascívia”.²¹

Para religião cristã, que sofreu inequívoca influência da religião judaica, muitos dos preceitos dessa crença foram tomados como paradigma para o desenvolvimento da fé. Os apóstolos tinham como base muitas determinações do “Código Sagrado do Levítico”. Dentre estas, a de que está na bíblia a proibição ao homossexualismo: “com o homem não te deitará como se fosse mulher, é abominação” (Levítico, 18:22).

A Santa Inquisição tornou crime o homossexualismo, através do III Concílio de Latrão, de 1179. Havia o pensamento de relacionar o homossexualismo com a feitiçaria, que era de igual forma abominada pela Igreja. Na lição de Vechiatti²²:

[...] a condenação homofóbica continuou cada vez com mais força. A suposta ligação entre a homossexualidade e a feitiçaria e o demonismo fez com que os heterossexuais em geral passassem a ter cada vez menos tolerância contra aqueles que amavam pessoas do mesmo sexo. Essas afirmações ganharam força considerável entre os anos 1348-1350, nos quais a Peste Negra devastou a Europa, dizimando aproximadamente um terço da população. Isso porque os chefes de Estado da época, influenciados por ministros religiosos, ligaram ditos desastres às condutas sexuais tidas por imorais (todas aquelas fora do casamento e sem intuito procriativo) aumentando ainda mais o ódio contra os homossexuais.

Interessante ressaltar o relato de Trevisan (2004) apud Vechiatti²³, no que se relaciona a punições:

Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda protestantes puniam severamente a sodomia. Seus praticantes eram

²¹ Op Cit., p. 25 e26.

²² Op Cit., p.55.

²³ Ibidem, p. 64.

condenados a punições capazes de desafiar as mais sádicas imaginações, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca de ferro em brasa, execração e açoite público e até castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte na fogueira, empalamento e afogamento.

Segundo Dias²⁴, o maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões:

A prática homossexual acompanha a história da humanidade e sempre foi aceita, havendo somente restrições à sua externalidade. Só passou a ser repudiada pela sociedade por influências de ordem religiosa. A idéia sacralizada de família com fins exclusivamente procriativos levou à rejeição dos vínculos afetivos centrados muito mais do envolvimento mútuo. Toda relação sexual deveria tender à procriação. Daí a condenação da homossexualidade masculina por haver perda de sêmen, enquanto a homossexualidade feminina era considerada mera lascívia. A Igreja Católica, ao pregar que sexo se destina fundamentalmente à procriação, considera a relação homossexual uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, verdadeira perversão, baseada na filosofia natural de São Tomás de Aquino.

No período renascentista, o fortalecimento da burguesia por meio do comércio e a invenção da imprensa gráfica contribuíram para o retorno das idéias gregas e romanas. A homossexualidade foi tornando-se causa de penas leves e raras execuções.

Mariana Chaves²⁵ lembra que no período renascentista várias figuras célebres como Leonardo Da Vinci, Michelangelo, Shakespeare, Caravaggio, entre outros, tiveram notórias paixões por pessoas do mesmo sexo.

No Brasil, existem relatos que desde antes da colonização havia relacionamentos bissexuais ou homossexuais entre os índios nativos. Os cristãos colonizadores procuraram catequizá-los, para que tal prática cessasse. Nesse sentido Paulo Roberto Iotti Vecchiatti²⁶:

Neste norte, pode-se dizer que a sexualidade dos nativos brasileiros seguia o que ocorria na Antiguidade Clássica européia, com algumas variantes de tribos para tribos, conforme seus costumes e suas lendas. Foi, também aqui, somente com a chegada da moral judaico-cristã que se começou a perseguição à prática homossexual no Brasil, que passou a trazer punições desumanas e sádicas aos homossexuais

²⁴DIAS, Maria Berenice. **Um novo direito: direito homoafetivo**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

²⁵ CHAVES, Mariana. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 51.

²⁶ Op Cit., p. 64.

Em 1584 aconteceu a primeira visita do Santo Ofício da Inquisição no Brasil. A Bahia foi o local desta inspeção motivada pela observação das pessoas que retornavam a Portugal, com hábitos de libertinagem. Durante a escravidão, a homossexualidade foi naturalmente praticada pelos negros, uma vez que a prática ainda não havia sido coibida em seu continente. Tanto os homens quanto as mulheres eram vítimas de estupro por parte dos capatazes e senhores de engenho. Alguns historiadores afirmam que Zumbi dos Palmares, o herói negro brasileiro, também era homossexual.

As Ordenações Manuelinas foram o primeiro Código Penal do Brasil, pois vigentes em Portugal à época do descobrimento. No entanto, como diz Trevisan²⁷, foram as Ordenações Filipinas que tiveram importância maior, por terem sido aplicadas entre nós durante mais de dois séculos.

Elaborado um novo Código Criminal, sob o Império, este foi sancionado em 1830. Trevisan ensina que esse Código Criminal, em termos de legislação penal, assimilou o que havia de mais avançado à época, recebendo influência dos Códigos Napoleônico e Napolitano. Inspirado, sobretudo, nas inovações promovidas por Napoleão, o Brasil acabou eliminando da legislação a figura jurídica da sodomia (ou seu equivalente), ao contrário de países como a Inglaterra, EUA, Alemanha, Áustria, dentre outros. Os iluministas, inspiradores do Código Napoleônico, julgavam uma atrocidade punir a sodomia com morte. Diziam eles que, se a sodomia fosse exercida sem violência ou indecência pública, a prática não deveria absolutamente cair sob o domínio da lei.

Contudo, ainda segundo Trevisan²⁸, a partir do Código Imperial surgiram os crimes “por ofensa à moral e aos bons costumes”, sob os quais a polícia homofóbica continuava a enquadrar a homossexualidade, enquadrando ainda o travestismo como contravenção penal.

Em 1990, com a mudança do pensamento humano no sentido do respeito à diversidade, juntamente com o pensamento científico, que resgatou a homossexualidade dos textos de patologia, que se começou a tolerar e aceitar esse comportamento no Brasil.

Deve ser registrado também que foi com a evolução do pensamento freudiano durante os séculos XIX e XX que se iniciou uma mudança de conceitos em relação à homossexualidade. Esta começou a ser vista como um comportamento diferente dos outros, mas longe de ser considerada perversão ou doença.

Oliveira²⁹ relata que a maior parte dos estudos da psicanálise tentando explicar a homossexualidade parte das considerações de Sigmund Freud. Dispõe também que segundo o

²⁷ Op. Cit, p.166.

²⁸ Op. Cit., p. 166.

psicanalista Kenneth Lewes existem atualmente quatro teorias inspiradas em Freud que podem explicar a homossexualidade:

A primeira seria resultado de um complexo de Édipo resultante da percepção pela criança de que sua mãe é "castrada" sexualmente. Essa percepção induziria a criança a uma grande tensão, fazendo-a a ver sua mãe como uma mulher com pênis; a segunda teoria seria explicada através de uma grande identidade do filho com sua mãe. Nessa teoria, segundo instintos narcisistas, o menino tentaria se espelhar no modelo da sua mãe, assumindo os mesmos gostos, levando-o a amar outros homens como sua mãe o ama; a terceira teoria seria explicada por uma inversão do complexo de Édipo, onde o menino busca o amor de seu pai, representado pela sua identidade masculina, buscando e assumindo uma identidade feminina, com forte erotismo anal; a quarta teoria seria explicada por uma reação de formação: ciúmes e inveja sádicos em relação ao pai e irmãos poderiam levar uma pessoa a manter relações homossexuais.

Ainda no escólio de Oliveira, embora ocorra entre estudiosos e cientistas a discussão em relação à verdadeira causa da homossexualidade, é fato que a teoria mais abrangente e mais aceita acredita que a orientação sexual é determinada tanto por fatores biológicos e psicológicos, decorrentes do longo desenvolvimento da identidade do indivíduo, como por fatores culturais.

No final do século passado, a homossexualidade passou a ser compreendida de forma mais clara, diminuindo, assim, a intolerância. Os homossexuais não mais se ocultavam, aliás, começaram a reivindicar respeito. A eliminação de leis criminalizando a sodomia foi o primeiro passo na luta pela igualdade entre cidadãos heterossexuais e homossexuais. Esse avanço serviu de base para demanda por reconhecimento jurídico de suas uniões.

Alerta Dias³⁰:

O movimento passou a considerar como seu insight mais importante a constatação de que muito mais prejudicial do que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas e travestis. Trata-se de indivíduos que, se experimentam alguma forma de sofrimento, este originado pela intolerância e injustificado preconceito social.

Deve-se ter em mente sempre, desnudado de qualquer forma de preconceito, o fato de que o homossexual é ser humano tanto quanto o heterossexual. Não há nada, absolutamente nada que os faça inferiores ou indignos.

²⁹ Op. Cit., p. 98.

³⁰ Op Cit., p. 29.

Sintetizando, a homossexualidade sempre existiu em todas as sociedades. A crescente influência do pensamento humanista, que não aceita valores absolutos, equiparou todos os seres humanos, independente de orientação sexual.

1.3 Direito e Sociedade

Para melhor entender a evolução do direito no campo hodierno das relações homoafetivas é necessário uma digressão, uma análise da influência dos anseios sociais na consolidação do direito positivo.

A ciência do Direito está alicerçada em fatos ou fenômenos sociais, que ocorrem numa sociedade em constante evolução, e que ditam a conduta humana. Em linhas gerais, o Direito tem por fundamento o homem, ser social e livre. Por finalidade, a pacificação social, por meio de imposição da ordem jurídica perante a sociedade. O Estado dita normas de conduta em busca do equilíbrio social.

Segundo Reale³¹, o Direito deve ser estudado numa visão tridimensional. Nasce de um fato social, axiologicamente relevante para a história da sociedade, que em cada fase de sua evolução inspira determinadas necessidades e aspirações. O Direito contribui para integrar, através do ordenamento jurídico, os fatos que ocorrem na sociedade e os valores indicados por esses fatos, conforme o momento histórico vivenciado pela sociedade.

Nesse sentido, Direito é uma ciência centrada no ser humano e nos valores que norteiam a sociedade. Fundamenta-se na proteção aos aspectos inerentes à pessoa humana, ser dotado de dignidade e liberdade, valores esses intrinsecamente ligados ao direito natural.

Importante lembrar que o direito natural é o elemento normativo que se sobreleva, que obriga independentemente de qualquer lei imposta, um direito imanente à natureza humana, ao justo, ao equitativo. Para Weber³², direito natural

é o conjunto das normas vigentes independentemente de qualquer direito positivo e que têm preeminência diante deste, normas que não devem sua dignidade a uma promulgação arbitrária, mas, ao contrário, legitimam o poder compromissório desta. Normas, portanto, que não são legítimas em virtude de sua criação por um legislador legítimo, mas sim em virtude de qualidades puramente imanentes: a única forma conseqüente e específica de legitimidade de um direito que pode restar quando não há mais revelações religiosas, nem santidade autoritária da tradição e de seus portadores.

³¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

³² WEBER, Max. **Economia e sociedade** - fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UnB, 2004, v. 2, pág. 134.

O direito natural é constituído por princípios que constituem a base, o fundamento do direito positivo, se consubstancia pela própria natureza do homem, possuindo caráter universal e imutável. É o senso de justiça como centro do direito.

É inegável que a existência do direito natural foi amplamente discutida ao longo da história e com o avanço do positivismo no século XIX restou esquecido. No entanto, é claro que os princípios e as declarações dos direitos do homem trazidos pela ONU são exemplos de posituação do jusnaturalismo em nível universal. O direito à vida, à honra e à liberdade são direitos inatos.

Considerando que a sexualidade integra a própria condição humana, pode-se afirmar que o direito à liberdade compreende o direito à liberdade sexual. É um direito natural, pois acompanha o ser humano desde o seu nascimento, e decorre de sua própria natureza.

Como bem assevera Paine³³,

Os direitos naturais são aqueles que pertencem ao homem pelo fato de existir. Desta espécie são todos os direitos intelectuais, os direitos da mente, e também todos os direitos de agir como indivíduo para seu próprio conforto e felicidade, que não são prejudiciais aos direitos naturais de outros.

Pode-se afirmar que o direito à liberdade sexual é um direito da personalidade, destinado a resguardar a dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade são aqueles necessários à realização e preservação da personalidade humana nas relações jurídicas e sociais. São direitos subjetivos, cujo conteúdo se identifica com os valores e bens essenciais da pessoa humana, abrangendo aspectos morais, intelectuais e físicos.

Consoante nos ensina Bittar³⁴, os direitos da personalidade são aqueles direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma, e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Inquestionável, assim, que o direito à liberdade sexual, integrante do direito da personalidade, direito natural fundamental, deve ser tutelado pelo Estado.

Nesse sentido, correto é que o direito natural é fonte do direito positivo. O Professor Telles Junior³⁵, discorrendo a respeito do direito natural, diz com maestria, que o direito positivo é consentâneo com a moral social, conjunto de bens soberanos de uma

³³ PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis:Vozes, 1989, p.57.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo como o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 1.

³⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Instituições políticas**. São Paulo: Atlas, 1982, p. 153.

determinada sociedade. Se o direito positivo corresponde àquilo que a comunidade deseja, resta evidente que não é um direito artificial, imposto pela força bruta, mas natural, acatado espontaneamente, porque legítimo.

Assim, afere-se que o Direito possui grande influência dos anseios sociais. Deve o direito refletir os valores e sentimentos básicos a serem preservados dentro do contexto social. A sociedade transforma e é transformada pelo direito. O direito de cada homem traz uma parcela do direito coletivo e social. É o fato social dando causa a regras sociais, conforme o provérbio: “ubi societas, ibi jus” (se há Sociedade, há Direito).

Rosa³⁶, afirmava:

O Direito é fato social. Ele se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade. É o instrumento institucionalizado de maior importância para o controle social. Desde o início das sociedades organizadas manifestou-se o fenômeno jurídico, como sistema de normas de conduta a que corresponde uma coação exercida pela sociedade, segundo certos princípios aprovados e obedientes a formas predeterminadas. A norma jurídica, portanto, é um resultado da realidade social.

Para o sociólogo francês Durkheim³⁷ os fatos sociais apresentavam três características: a "generalidade", isto é, a comunhão no pensar, agir e sentir de um grupo de pessoas. A "exterioridade", ou seja, é aquele fato que está intrínseco no indivíduo, e a "coercitividade", que significa a obrigação do indivíduo em seguir determinada orientação, conceito ou norma já pré-estabelecida pela consciência coletiva. Estes posicionamentos influenciaram o próprio pensamento jurídico, face a importância dos fatos sociais para o estabelecimento de normas regradoras de conduta. Ensina³⁸ ainda,

É fato social toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.

Sendo assim, ao operador do Direito cabe a tarefa de transpor os desejos da sociedade para realidade jurídica. Deve ficar atento, respeitar, dirigir comportamentos e integrá-lo ao direito positivo de acordo com os necessidades sociais.

³⁶ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 57.

³⁷ DURKHEIM, Émile. **Sociologia**. 4. ed. Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1988, p. 50.

³⁸ *Ibidem*, p. 52.

Conforme já disposto, a homossexualidade é comportamento antigo, sempre esteve presente na sociedade. Na Grécia antiga a homossexualidade era aceita, em Roma era tolerada e na Idade Média rechaçada. Com a evolução dos tempos, ainda que de forma marginal, os homossexuais passaram a ser aceitos pela sociedade e tiveram alguns de seus direitos reconhecidos.

De acordo com Dias³⁹,

Neste novo século menores restrições pesam sobre os homossexuais, cedendo a intolerância a uma atitude de maior compreensão. Posturas predominantemente negativas são contestadas. Desmascaram-se falsos preconceitos e errôneos pressupostos estigmatizantes. Começou a ser admitido que a rotulação discriminatória de que são alvos os homossexuais revela comportamento agressivo, obscurantista e violento, e não pode ser admitido ou incentivado.

Segundo Rios⁴⁰, o princípio da igualdade, em sua dimensão formal, “objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.” A igualdade formal resulta da perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado na lei, no sentido da lei igual para todos.

De acordo com Bastos⁴¹, a igualdade formal consiste “no direito de todo cidadão a não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional”. A igualdade material, ou substancial, segundo o ilustre jurista⁴², consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.”

A igualdade formal é aquela que busca a mesma lei para todos, sem distinção. Não resolve as desigualdades de fato encontradas na sociedade. A igualdade material é a promoção da isonomia no contexto social, consistindo em tratar de forma diferente aqueles que necessitam de norma especial.

³⁹ Op Cit., p. 42.

⁴⁰RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.7.

⁴² Ibidem, p. 5.

Melo⁴³ discorre sobre o princípio da igualdade, dando especial atenção às discriminações que devem ser aceitas em nosso ordenamento jurídico, desde que guardem relação com este. Tais discriminações consistem em atos legitimados pelo legislador, a fim de suprir uma desigualdade já existente.

Se o tratamento diverso outorgados a uns for "justificável, por existir uma "correlação lógica" entre o "fator *discrimen*" tomando em conta e o regramento que se deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de *discrimen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

Nas palavras de Aristóteles, ratificadas por Rui Barbosa: “A igualdade consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Desta forma, ainda segundo Melo⁴⁴, o reconhecimento das diferenciações autorizadoras ou não, da quebra da isonomia dividem-se:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, em concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa, ao lume do texto constitucional, para o bem público.

No entanto, deve a norma jurídica observar cumulativamente todos esses elementos para se tornar inatacável em face do princípio isonômico. O direito deve servir como um instrumento tanto para impedir a formação de desigualdades quanto para promover a igualdade, pois uma sociedade verdadeiramente democrática, apoiada no conceito de cidadania, é aquela que fornece verdadeiras oportunidades iguais para o desenvolvimento da pessoa humana.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 41.

Pertinente a elucidação proposta por Vecchiato⁴⁵, de que a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello deve ser complementada com a ponderação de José Joaquim Gomes Canotilho,

No sentido de que o princípio da isonomia não se resume à proibição do arbítrio, mas também à *função social da igualdade*, no sentido de ser a isonomia uma imposição constitucional relativa que, por isso, a caracteriza como uma forma de eliminação das desigualdades fáticas. Em outras palavras, ainda que a isonomia genericamente considerada não fundamente um dever absoluto de legislação, fundamenta um dever de legislação relativo, uma imposição constitucional acessória, uma exigência de atuação relativa, no sentido de que quando existirem pessoas essencialmente iguais àquelas que foram objeto de regulamentação legal [e, com muito mais razão, absolutamente iguais], o princípio da igualdade exige para estes uma disciplina legal igual à estabelecida para os casos já regulados, fundamentando um dever legislativo de atuação nesse sentido. Dessa forma, aponta o autor que quando a disciplina legiferante favorecer certos indivíduos esquecendo de outros, impõe-se à Jurisdição e à Administração que supram a lacuna legal por intermédio da analogia [ou pela interpretação extensiva, na hipótese de situações idênticas], só devendo ser dita lei ser declarada nula quando as vantagens legais não possam ser estendidas através de aplicação analógica aos casos ou grupos reconhecidos como portadores dos mesmos pressupostos daqueles já contemplados pela disciplina legal.

Analisando os critérios acima, indagamos: Existe um critério diferenciador para excluir pessoas do mesmo sexo de seu direito fundamental à liberdade sexual, à união estável, ao casamento ou a qualquer outro direito garantido constitucionalmente? A tese aqui sustentada é aquela de acordo com a qual a igualdade engloba o direito à diferença.

Como entender, então, a exigência do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal que exige diversidade de sexos para o deferimento da proteção estatal à entidade familiar? É evidente afronta ao princípio da igualdade. Flagrante é o desrespeito, a discriminação à orientação sexual. A Constituição Federal regula relações heterossexuais em detrimento das relações homossexuais. Uma análise imparcial o demonstra.

Nesse contexto cabe lembrar que Perelman⁴⁶ apresenta a noção de justiça formal vinculada à igualdade, onde esta é a pedra angular da fundamentação das concepções de justiça. Estabelece como regra de justiça a igualdade formal,

Ser justo é tratar da mesma forma os seres iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deve levar em conta

⁴⁵ Op Cit., p. 120.

⁴⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19.

na administração da justiça. Qualificando-se esta característica como essencial.

Ross⁴⁷ entende que há uma conexão entre o direito vigente e a idéia de justiça. Parte da constatação de que a uniformidade perfeita não pode constituir o que se entende geralmente por justiça. A exigência de igualdade há de ser compreendida em sentido relativo, como exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Tem de haver algum critério relevante para determinar o que se há de considerar como igual, em relação aos membros de uma classe.

Segundo Moreira⁴⁸, a formulação da igualdade pressupõe uma homogeneidade de situações e uma homogeneidade entre sujeitos que pode não ocorrer na realidade social em razão de heterogeneidade existente dentro de um grupo de pessoas. Destaca ainda:

A homogeneidade de situações pressuposta pela formulação Aristotélica da igualdade ignora as diferenças existentes dentro do grupo de pessoas classificadas como supostamente iguais ou desiguais. Os iguais não são iguais em todas as dimensões e os desiguais não são desiguais em todos os aspectos. A teoria da igualdade como capacidade nos mostra que critérios de tratamento diferenciado muitas vezes se intersectam, impedindo que certos membros de uma classe tenham a mesma possibilidade de converter liberdades em bem-estar. Uma noção de justiça baseada na idéia de tratamento simétrico mostra-se incapaz de resolver todos os problemas postos pelas diferentes posições que os sujeitos ocupam nas interações sociais. Esse é o motivo pelo qual os tribunais, ao analisarem a constitucionalidade de políticas públicas que pretendem melhorar a qualidade de vida de um determinado grupo, devem analisar as conexões dos vários fatores presentes no critério escolhido como fator de diferenciação. A necessidade de se considerar o indivíduo empírico decorrente do processo de categorização do direito exige a consideração da interseção dos diferentes aspectos que determinam a vivência social das pessoas.

No contexto atual, respeitar as diferenças e regular as relações privadas, inspiradas na igualdade, tem tanto o sentido de igualar os poderes sociais quanto o sentido de proibir ou coibir qualquer tipo de discriminação. Em certa medida, todos são iguais e diferentes ao mesmo tempo. As diferenciações devem ser reguladas e colocadas de acordo com a noção de dignidade humana.

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que diz respeito à inclinação sexual. Ensina Rios⁴⁹: “a discriminação de

⁴⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000, p. 333.

⁴⁸ MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 264.

⁴⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade**. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 6, dez. 1998, p. 29.

um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual”.

O jurista Silva⁵⁰ afirma que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Portanto, o Estado, sobretudo a partir da ordem jurídica, deve assegurar a multiplicidade de idéias e valores dentro das culturas e etnias, respeitando o diálogo entre pensamentos divergentes, e permitindo a convivência ordenada entre todos os membros da sociedade, realizando uma espécie de processo contraditório o mundo atual, e configurando-se como um Estado promotor de justiça social. O Estado, em resumo, deve proibir toda e qualquer forma de discriminação fundada na qualidade da pessoa.

Vale lembrar que o princípio da igualdade, consagrado pela constituição, opera em dois planos distintos. Segundo Moraes⁵¹, de uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade para o intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

O legislador não poderá editar normas que se afastem do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. O intérprete não pode aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades. Também o particular não pode pautar suas condutas em atos discriminatórios, preconceituosos.

Deve-se considerar que a omissão legislativa contribui para que a discriminação ocorra. Os homossexuais ficam em um patamar social de inferioridade por não possuírem uma norma que delinear seus direitos.

Mattar⁵², ao tratar do direito como instrumento ideal para o reconhecimento dos direitos das minorias, esclarece:

Com o exercício pleno da cidadania por grupos até então excluídos, há um incremento da vida democrática na sociedade – tendo-se em vista que o reconhecimento jurídico de determinados direitos e o reconhecimento social de alguns grupos (os destinatários daqueles direitos) estão interligados,

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006, p. 211.

⁵¹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 65.

⁵² MATTAR, Laura Davis. Desafios e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. (orgs.). **Direitos humanos: fundamento e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 00.

podendo um ser consequência ou, ao menos, facilitador de mudanças em relação ao outro.

Não há justificativa argumentativamente sustentável para que se deixe à margem da nossa legislação as uniões homoafetivas, impedindo que as pessoas que constituem tais relações possam exercer a sua liberdade de escolher os companheiros com os quais desejam manter uma união de afeto e com animus de constituir família.

Independente de normatização a respeito, os princípios constitucionais devem ser base para todo e qualquer julgamento referente aos direito homoafetivos. E Bonavides⁵³ assinala que, dentre os direitos fundamentais existentes, a igualdade é a que mais tem ganhado relevo no Direito Constitucional hodierno, constituindo o direito-chave, o direito guardião do Estado social.

Como bem pontua Dias⁵⁴ “ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”.

A liberdade sexual decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou simplesmente ignorada pelo Estado, que possui como papel garantir que os cidadãos gozem plenamente delas.

Importante ressaltar que já no preâmbulo da Constituição Federal, a igualdade e a justiça aparecem como valores supremos da sociedade. Apesar de o preâmbulo da Constituição não possuir caráter normativo, poderá ser utilizado como fonte de interpretação das normas constitucionais, já que nele estão traçadas as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição.

O Princípio da Igualdade encontra-se entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição Federal (“I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”). Estes objetivos indicam que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a produzir a maior efetividade possível.

Essas normas possuem caráter programático, possuem como meta o alcance da igualdade material e vinculam o legislador. O princípio da igualdade constitucionalmente

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 341.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

orienta o sistema para a busca da igualdade material, ou seja, da promoção da isonomia no contexto da diferença, indo muito além da mera proibição da discriminação.

Sendo assim, não se pode eleger qualquer fator como fundamento legítimo de discriminação, baseando-se exclusivamente na orientação sexual. O princípio da igualdade admite a discriminação desde que o *discrímen* seja empregado com a finalidade de promover a efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento em face das diferenças biológicas, sociais e culturais. O que não ocorre especificamente em relação à orientação sexual, aos homossexuais.

Dias⁵⁵ acrescenta:

O fato de a atenção de uma pessoa ser direcionada a alguém do mesmo ou de distinto sexo não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tem por base o próprio sexo de quem faz a escolha. A decisão judicial que adote por critérios não a efetiva conjunção das pessoas, de suas próprias vidas, mas a mera coincidência de sexos parte de um preconceito social.

E continua, citando Vera Lúcia da Silva Sapko⁵⁶, “falar em cidadania, hoje, pressupõe não apenas o reconhecimento da igualdade, mas, fundamentalmente, da diferença, já que vivemos em um mundo plural, onde a diversidade se torna cada vez maior”.

É possível afirmar que a aplicação concreta do princípio da igualdade, numa democracia social, vai estabelecer a noção de que o direito não deve ser alheio à necessidade de estabelecer uma sociedade que usufrui plenamente suas liberdades fundamentais.

A construção de uma sociedade justa e solidária implica a coordenação no processo de interpretação entre normas que estabeleçam direitos políticos, direitos sociais, direitos processuais e objetivos constitucionais. O sistema jurídico poderá, assim, dar passos significativos na direção da realização dos nossos objetivos constitucionais. O aplicador do direito deve recorrer aos objetivos constitucionais no processo interpretativo de forma a chegar a uma decisão que possa regular a realidade social da forma mais justa possível.

O direito é uma ciência dinâmica, as normas devem ser adaptadas aos fatos ou fenômenos ocorrentes na sociedade. O direito fundamental à igualdade, de caráter natural e anterior à criação do próprio Estado, deve ser respeitado e tutelado.

Por fim, cabe destacar que a sociedade deve se empenhar em reivindicar seus direitos e garantias, pois só assim os fatos sociais, os clamores sociais, se tornarão parte do Direito. O

⁵⁵ Op. Cit., p 109.

⁵⁶ Op. Cit., p.109.

vínculo homoafetivo é realidade social que ser respeitada e reconhecida pela sociedade e pelo Direito.

CAPÍTULO 2 - DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FENÔMENO JURIDICAMENTE RELEVANTE

2.1 O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Homoafetividade

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelece que todos são merecedores de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas. A Constituinte de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental, valor informador de toda ordem jurídica.

A Constituição Federal assegura, já em seu preâmbulo, “o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 [...]”. O respeito à dignidade da pessoa humana é a base do Estado Democrático de Direito, o pilar que rege todo o sistema jurídico.

A fim de se entender o significado para além de qualquer conceituação jurídica, Silva⁵⁷ explica “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

A Dignidade da Pessoa Humana é atribuída a todo indivíduo independente de qualquer circunstância, é valor absoluto. O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), de 1948 declara que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

A Declaração Universal, expressão mais significativa do movimento internacional dos direitos humanos, representa o consenso mínimo a respeito dos requisitos para uma vida digna, inerente ao ser humano.

Na tentativa de definir dignidade humana, em uma “concepção multidimensional”, Sarlet⁵⁸ propôs uma conceituação jurídica:

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, p. 84-94, abr./jun. 1998, v. 212.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A idéia da existência de um valor intrínseco da pessoa não é recente, e certamente Kant⁵⁹ é um de seus mais bem sucedidos expositores. Ele concebe a dignidade da pessoa como parte da autonomia ética e da natureza racional do ser humano. Para ele, o homem existe como um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser tratado como objeto. Não importa que o indivíduo não tenha consciência de sua dignidade, o homem deve ser considerado e respeitado como ser humano.

Por sua vez, Habermas⁶⁰ explica que a dignidade humana não é uma propriedade que se pode “possuir” por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela “intangibilidade” que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas.

Grimm⁶¹, magistrado alemão, assevera que

[...] a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim deve ser considerado e respeitado pela sua condição humana.

As questões concernentes à orientação sexual relacionam-se de forma estreita com o princípio da dignidade humana. A sexualidade é parte da individualidade, da identidade, da personalidade e deve ser respeitada.

Na lição de Vecchiatti⁶²,

⁵⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 56.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47

⁶¹ Dieter apud SARLET (2005, p. 34). “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.34.

⁶²Op Cit., p. 313.

A reprovação do Estado ao amor homoafetivo, o que é incompatível com o direito de respeito à dignidade, necessariamente implica em desrespeito à liberdade de envolvimento afetivo com quem se quiser, sem que isso seja motivo para se menosprezar jurídica ou socialmente.

A sexualidade, aqui compreendida no aspecto da orientação sexual e das condutas sexuais do indivíduo, consubstancia-se como um alicerce essencial para o livre desenvolvimento dessa individualidade e da própria personalidade de cada qual. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada pessoa inclui a sua orientação sexual, seu respeito e a sua proteção pela sociedade.

O Professor Nunes⁶³ ensina que

A dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado, concluindo que: a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa.

A dignidade da pessoa humana não é apenas uma palavra com conotação ética, ela também expressa “o elemento que qualifica e completa o ser humano e dele não pode ser destacado”, ou seja, aquilo que “assegura ao indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais”.⁶⁴

No escólio de Pereira⁶⁵, “A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana”. E conforme o exposto, o “sentido do Princípio da Dignidade Humana só se torna efetivo, quando se verifica na Constituição de 1988, o poder atribuído a cada cidadão de se realizar plenamente em sua personalidade”.

Segundo Dworkin⁶⁶, a dignidade humana é constituída por duas dimensões, cada uma delas ressaltando um aspecto ético fundamental para a realização do ser humano enquanto pessoa moral. A primeira dimensão, à qual Dworkin denomina de “princípio do valor intrínseco da vida humana”, significa que “o sucesso ou derrocada de qualquer vida

⁶³ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

⁶⁴ BORGES, Rosângela Mara Sartori. Princípio da dignidade da pessoa humana: instrumento da não-discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 229-242.

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 10.

humana é, por si só, importante, algo que todos nós temos razão para querer ou lastimar”. Todo indivíduo, portanto, conforme já afirmava Kant, é um fim em si mesmo, ou seja, a vida humana possui um valor intrínseco e é insubstituível⁶⁷.

Decorre dessa primeira dimensão da dignidade humana que, uma vez que o ser humano é um fim em si mesmo, isso significa que somente o homem é capaz de viver segundo leis que ele mesmo elabora. Ou seja: o homem caracteriza-se pela sua responsabilidade, pela autodeterminação, pela autonomia da vontade. E é exatamente esta a segunda dimensão da dignidade humana, que, nas palavras de Dworkin⁶⁸, é o “princípio da responsabilidade pessoal”, segundo o qual “cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela realização do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o exercício do julgamento acerca de qual vida será a de maior sucesso para ele.”

A Constituição Federal veda veementemente qualquer tipo de discriminação. De modo expreso, é outorgada específica proteção a todos, vedando-se discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. A Carta Magna brasileira tem como núcleo do atual sistema jurídico o respeito à dignidade humana, atentando aos princípios da liberdade e da igualdade.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou resolução histórica em 2011, destinada a promover a igualdade dos indivíduos sem distinção da orientação sexual. Foi chamada de Resolução dos “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”. A resolução teve aprovação no Brasil, embora sem demais ações afirmativas. Dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades sem nenhuma distinção”.

Interessante lembrar que foi na II Conferência Internacional de Direitos Humanos (Viena, 1993) a primeira declaração que mencionou a questão sexual. O parágrafo 18 reconheceu que o Estado deve eliminar a “violência baseada no gênero e todas as formas de abuso e exploração sexual”.

A proibição da discriminação sexual alcança a vedação à discriminação da homossexualidade. Uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é a cidadania.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética:** direito, moral e religião no mundo moderno. 2.^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 297.

⁶⁸ Op. Cit., p. 17.

Silva⁶⁹ ao tratar do “caput” do artigo 5º da Constituição Federal, que veda distinções de qualquer natureza, salienta que o tratamento igualitário entre homossexuais e heterossexuais independe do fato de estar ou não expressamente previsto:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.

Nas palavras de Dias⁷⁰,

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições de direitos servindo de fortalecimento a estigmas sociais e causando sofrimento a muitos seres humanos.

A valorização da dignidade humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo.

O princípio da dignidade das pessoas humanas está no centro do ordenamento jurídico, incide de forma contundente sobre os demais princípios constitucionais. Envolve inteiramente o direito à autodeterminação sexual e seu conseqüente respeito.

Em razão do artigo 5º, § 2º⁷¹ da Constituição Federal, pode-se sustentar a existência do direito à livre orientação sexual e à conseqüente não discriminação por motivos desta ordem. De um lado, a dignidade humana como barreira à discriminação por motivo de

⁶⁹ Op Cit., p. 227.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Texto disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em 01/04/2008.

⁷¹ CF, artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”.

orientação sexual. De outro, o § 2º do artigo 5º, que permite a necessária maleabilidade e pluralidade do direito perante os fatos sociais.

Nesse sentido, Sarlet⁷² salienta:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalmente em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalmente formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possa, lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Esse vínculo entre a dimensão material e a dimensão formal da Constituição é necessário para uma compreensão ampla do respeito à dignidade humana em relação aos direito à livre orientação sexual e, por conseqüência, aos direitos dos homossexuais.

Assim, proteger a dignidade da pessoa humana nada mais é do que deferir ao cidadão o direito de ser o que lhe dita sua vontade própria. Nas escorregadas palavras proferidas pelo jurista Nunes⁷³, é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais.

Negar às pessoas do mesmo sexo os direitos civis inerentes aos heterossexuais configura uma forma legalizada de segregação, algo absurdo à luz da Constituição Federal. A finalidade do principio da dignidade humana é agregar, unir e não criar desigualdades.

2.2. Ativismo Judicial

Delgado⁷⁴ conceitua o ativismo judicial como “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 416.

⁷³ Op. Cit., p. 45.

⁷⁴ DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo Civil Novas Tendências**: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 319.

Para Barroso⁷⁵, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

A professora Valle⁷⁶ em sua obra “Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal”, discorre a respeito da sistematização das definições traçadas ao termo ativismo judicial em sede doutrinária e também em utilização jurisprudencial, reconhecendo cinco principais conceituações do termo ativismo judicial, de uso corrente na atualidade:

a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados.

O ativismo judicial exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei, em seu significado exclusivamente formal, mas exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, reivindicando, então, para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos; atribuindo significado preciso aos mesmos, concretizando-os, bem como julgando os atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios.

A interpretação da Constituição deve ser feita de maneira a preservar sua unidade e sua maior efetividade, como bem observa Canotilho⁷⁷:

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2011.

⁷⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeda, 2003, p. 1223.

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas[...]princípio designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

O estudo da legitimidade democrática, no ativismo judicial, faz-se cada vez mais relevante, na medida em que o Judiciário, muitas vezes, intervém em políticas públicas que, em princípio, seriam de implementações próprias dos Poderes Legislativo e Executivo.

Ramos⁷⁸ dispõe a respeito do Conceito de Ativismo Judicial. Em um primeiro momento, analisa o ativismo e o Direito Comparado, pois será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário. Afirma⁷⁹:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrario, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do common law se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí porque a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.

Interessante destacar o comentário de Ramos⁸⁰ ao citar Dworkin, no livro *O império do direito*:

Rejeita expressamente o passivismo por ele entendido como a Teoria da Interpretação que propugna pela utilização prevalente do método gramatical

⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

⁷⁹ Ibidem, p. 110.

⁸⁰ Ibidem, p. 110.

com a observância estrita do sentido haurido diretamente do texto constitucional. E o faz por lhe parecer que o passivismo não expressa do melhor modo a prática constitucional estadunidense, além do que o *self-restraint* dele decorrente em favor do Poder Legislativo criaria dificuldades à concepção dworkdiana do direito como integridade: “Sob o regime de direito como integridade, os problemas constitucionais polêmicos pedem uma interpretação, não uma emenda”.

De acordo com David⁸¹, na *civil law* “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. Já na *commom law*, a decisão tem o caráter vinculativo, no sentido de não ser possível debater questões já decididas, tendo também valor de precedente.

É imprescindível ter-se presente, que no sistema de *commom law* o direito criado a partir de casos julgados interfere na maneira como juízes e tribunais considerarem o direito legislado. Como afirma Cappelletti⁸², “o direito legislativo é visto, em um certo sentido como fonte excepcional do direito”.

Entretanto, afirma ainda Ramos⁸³:

Não há como se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. O principal argumento é a afirmação de que os tribunais não se comportam como órgão legislador porque estão compelidos a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica.

Pogrebinschi⁸⁴, combinando aspectos sociopolíticos e jurídicos, considera como juiz ativista aquele que “a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade”.

Um dos grandes temas da filosofia do direito, reconhecido inclusive pelos combatentes do ativismo, é a Hermenêutica, cujas indagações voltam-se ao papel do intérprete diante do texto da lei; e em que medida seria legítimo o papel criador do juiz. Várias escolas contribuíram para o desenvolvimento da Teoria da Interpretação, valendo citar

⁸¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Brás. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Marins Fontes, 1993, p. 120.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p. 123.

⁸³ Op. Cit., p. 109.

⁸⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000, p.122.

o positivismo de Kelsen, o historicismo de Schleiermacher e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Atualmente, reconhece a moderna hermenêutica a existência de uma relação de polaridade-implicação entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser interpretado, de modo a reconhecer a insuficiência do texto e a necessidade de integração da norma como condição antecedente a sua aplicação ao caso concreto. Como sintetizado pelo professor Ramos⁸⁵, ao tratar do processo de interpretação preconizado pela moderna hermenêutica:

Disso resulta uma dissociação lógico-temporal entre enunciado normativo e norma de decisão, em que o texto é o ponto de partida do processo hermenêutico, que culmina com a formulação da norma concretizada pelo intérprete-aplicador, o qual traz para a atividade exegética toda uma carga de pré-compreensões, sendo, de outra parte, influenciado pelas circunstâncias fáticas que lhe incumbe normatizar.

Trata-se de um tema plenamente presente na realidade fática do Brasil, principalmente com as mudanças desenvolvidas sob a égide da Constituição de 1988. Não são raras as vezes em que o Judiciário, seja por um juiz de primeira instância, seja por mais elevado Tribunal, é chamado para decidir sobre temas que ainda não estão bem definidos no consenso social geral, referentes às mais diversas questões.

De acordo com Barroso⁸⁶, recentemente o Judiciário, no Brasil, tem exibido, em determinadas situações complexas ou conflitivas, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontrava expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

⁸⁵ Op Cit., p. 306.

⁸⁶ Op. Cit.

Pereira⁸⁷, após reconhecer que a função do Poder Judiciário não é formular regras, mas aplicá-las, atribui ao julgador um papel atualizador da lei, adaptando-a às transformações sociais e econômicas, concluindo:

Nesse sentido, é irrecusável que jurisprudência atua como força científica, induzindo até o legislador a elaborar novas normas de disciplina e de solução de problemas que repercutem no pretório antes de nas assembléias legislativas, como ocorrido no caso da união estável, por exemplo.

Fernandes⁸⁸, em seu artigo “Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira”, consegue, de forma clara e objetiva, demonstrar o que vem a ser o ativismo no Brasil. Conceitua:

Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).

O aspecto jurisdicional refere-se à inovação no sistema jurídico por meio da interpretação de normas jurídicas, extraída diretamente da Constituição – dos seus princípios ou regras – sem a existência de alguma intermediação legislativa. Ou seja, é criação de direito pelo Poder Judiciário em sua atividade típica, que não se limita à produção da norma jurídica individual e concreta (sentença, acórdão ou decisão).

Enquanto o texto da lei mantém-se com lacunas frente à existência das relações homoafetivas, o ordenamento jurídico vale-se da analogia e dos costumes para fundamentar decisões que não se enquadram na concepção textual. A sociedade vem, a passos largos, efetivando modificações, uma vez que vive a realidade cotidiana, e por isso almeja as criações e transformações culturais.

A Advocacia Geral da União (AGU) reconheceu, no dia 04/06/2010, que a união homoafetiva estável dá direito ao recebimento de benefícios previdenciários⁸⁹. Segundo a

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 58.

⁸⁸ FERNANDES, Ricardo de Carvalho. **Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira?page=11>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁸⁹ **União Homoafetiva é reconhecida pela AGU**. Notícia Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2220803/uniao-homoafetiva-e-reconhecida-pela-agu>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

AGU, o principal motivo para a interpretação é a Constituição Federal, que não impede a união estável de pessoas do mesmo sexo, por não ser discriminatória. Pelo contrário, garante a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade e proíbe qualquer discriminação, seja de sexo, raça, e orientação sexual. Assim, não poderiam normas infraconstitucionais violar direitos fundamentais expressos em seu texto. "Numa interpretação sistemática da Constituição da República é possível verificar que o que se pretende é justamente proteger a liberdade de opção da pessoa", ressaltou o advogado da União, Rogério Marcos de Jesus Santos, responsável pela autoria do documento.

No dia 03/08/2010, foi publicada Instrução Normativa da Receita Federal, o Parecer 1.503/2010⁹⁰, que dá direito à inclusão do companheiro na declaração do Imposto de Renda (IR) dos casais do mesmo sexo, que tenham união estável há pelo menos dez anos. De acordo com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a decisão significa equiparar para as finalidades da Receita Federal a união homoafetiva ao casamento e à união heterossexual. Os casais que se enquadram na situação podem ainda retificar as últimas cinco declarações entregues.

Sendo a PGFN um órgão estatal, merece destaque essa importante decisão, sendo oportuna a transcrição de uma parte do referido parecer:

À luz do novel constitucionalismo, autoriza-se o reconhecimento da orientação sexual como direito oponível ao Estado. A afirmação da homossexualidade da união, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à fruição de direitos assegurados à união heterossexual. A lei tributária, vinculada à isonomia de tratamento, não colhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação, sendo vedado ao intérprete limitar o que a lei expressamente não limita.

Em novembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada em Recurso Extraordinário (RE) 646721⁹¹, que discute a forma de partilha de bens entre a mãe e o companheiro de uma pessoa falecida em 2005. O recurso foi interposto pelo companheiro contra decisão da Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), que lhe concedeu apenas um terço da herança. O relator do RE no STF é o ministro Marco Aurélio Mello que, ao pronunciar-se pela existência de repercussão

⁹⁰ Procuradoria da Fazenda Nacional. **Parecer nº 1.503/2010**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br>>. Acesso em :15 out. 2010.

⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário Virtual. **Recurso Extraordinário nº 646721**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=194359>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

geral, assinalou que “o tema alusivo à sucessão, à união estável homoafetiva e suas repercussões jurídicas está a clamar o crivo do Supremo”.

O ativismo judicial surge justamente quando aplicado com senso de justiça, quando o julgador verifica que a lei tende a produzir uma decisão injusta ou atentatória aos princípios constitucionais, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana.

Na ausência de dispositivos legais específicos, que visem assegurar a garantia dos direitos fundamentais condizentes com a diversidade sexual existente, cabe aos juízes e aos tribunais inovar e resguardar tais direitos amplamente violados.

A compreensão atual de alguns setores tradicionalmente excluídos da sociedade, de que o direito se apresenta como uma forma de luta por uma sociedade mais justa, é uma das facetas do ativismo. Justamente aqui encontramos a ferramenta para luta pelo reconhecimento dos direitos homoafetivos.

Nesse sentido, o ativismo judicial vem a ser o exercício da função jurisdicional para além dos limites estabelecidos institucionalmente ao poder judiciário, resolvendo litígios de feições subjetivas e controvérsias jurídicas de natureza objetiva. Nesse sentido, pode atuar como fonte para satisfação dos direitos homoafetivos.

2.3 A Família e a União Estável Homoafetiva

O antigo Código Civil, de 1916, sob a influência da Revolução Francesa e do “Estado Liberal”, tinha como base a família, a propriedade e o contrato. O homem era o pilar da família e o casamento sua única forma de constituição. O marido era o chefe da sociedade conjugal e a ele cabiam os encargos da família. À mulher convinha apenas a função de auxiliá-lo (artigo 233). Os valores eram individualistas e o modelo patriarcal.

O diploma de 1916 protegia somente a família considerada legítima, ou seja, somente a oficializada pelo Estado por meio do casamento, que era indissolúvel, hierarquizado e possuía como finalidade a procriação. Uniões extraconjugais eram simplesmente deixadas à margem, e os filhos oriundos destas considerados ilegítimos, indignos.

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121) estendeu-se o processo de democratização da sociedade. Devolveu-se plena capacidade jurídica à mulher (que até então possuía apenas capacidade relativa, sendo equiparada aos menores e aos índios) passando a

ter a condição de colaboradora e administradora da sociedade conjugal, em que ambos os cônjuges buscavam interesse comum do casal e dos filhos.

Em 1977, com a Lei do Divórcio (Lei 6.515), rompeu-se a indissolubilidade do casamento, sendo reconhecido aos cônjuges o direito de por fim ao vínculo conjugal, eliminando a idéia de família como instituição precipuamente voltada para procriação. A união matrimonial passou a ser vista de forma mais diferenciada e tendencialmente plural.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi reconhecida a igualdade entre homens e mulheres relativamente aos direitos fundamentais. O conceito de família modificou-se ainda mais. O Capítulo que trata da Família, inserido no Título “Da Ordem Social”, estabelece no artigo 226 e parágrafos a pluralidade de entidades familiares.

O casamento deixou de ser a forma exclusiva de constituição da família, passando o Estado a proteger igualmente as famílias constituídas pela união estável (§3º, art. 226) e a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes (§4º, art. 226).

O legislador constituinte não estabeleceu hierarquia entre as entidades familiares, nem tampouco tentou definir o conceito de família, atribuindo ao intérprete a tarefa de adequar as relações cotidianas ao modelo de família protegida. A partir daí, novas perspectivas familiares foram apresentadas.

Dias⁹² traduziu as possibilidades dessa nova família da seguinte forma:

As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros.

Vale ressaltar que essa concepção de família prenuncia um paradigma que deixa de dar prevalência ao caráter produtivo e reprodutivo do laço familiar, para envolvê-lo em outro valor jurídico digno de tutela: o afeto.

Feliz também foi a atitude do legislador constituinte, ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana, o que refletiu-se diretamente nas questões relativas ao Direito de família.

⁹² DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.2, n.8, p.62-69 jan./mar. 2001.

Segundo Angeluci⁹³, “pensar na família moderna olvidando o princípio da dignidade da pessoa humana é uma contradição e verdadeira forma de se negar a função primeira da família: o desenvolvimento de cada um de seus membros.” O mesmo autor ressalta a importância do afeto para a realização da dignidade humana, pois é ele que proporciona ao indivíduo a estruturação da sua vida, sendo obtido, primariamente, no seio familiar.

E é nesse sentido que a Constituição Federal privilegia a afetividade como valor jurídico. Também o faz quando declara, por exemplo, a proteção à família monoparental, que afastou da idéia de família o pressuposto de casamento; na mesma linha de raciocínio, igualou os filhos adotivos aos demais, ressaltando a vinculação socioafetiva e não apenas biológica.

Para essa nova forma de sensibilidade social, o principal elemento que se deve ter em mente quando da união de duas pessoas é o amor. O amor interessado em formar uma família, em ter uma comunhão plena de vida, de forma pública, duradoura e juridicamente protegida. A Constituição de 1988, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, consagrou que o amor entre duas pessoas é o elemento diferenciador na formação da família.

Nesse sentido, Dias⁹⁴ ensina que a compreensão do que constitui a família contemporânea supõe a identificação do elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas – elemento este que é o afeto, ou seja, é o envolvimento emocional, que leva a subtrair um relacionamento do campo obrigacional para trazê-lo ao âmbito familiar. E continua:

O desafio hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Este referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios; gera responsabilidade e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciados do direito de família é o afeto.

Assim, a família passa a ser constituída pelo conjunto de pessoas unidas por laços do matrimônio, da união estável ou ainda, da comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, ligados pelo vínculo do afeto, independente de existir casamento.

⁹³ ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai. 2005.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 15-35.

Ainda na lição de Dias⁹⁵, “Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”. Ainda para a referida autora

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do §8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

A importância do afeto foi destacada por João Baptista Villela em 1980. Em sua obra, Villela⁹⁶ considerou: “[...] a paternidade reside antes no serviço e no amor do que na procriação”.

De acordo com Fontenella⁹⁷ as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas pelo amor, respeito e comunhão de vida preenchem os requisitos previstos na Constituição Federal em vigor, quanto ao reconhecimento da entidade familiar, na medida em que consagrou a afetividade como valor jurídico.

Enquadrar hoje as uniões homoafetivas dentro do âmbito da família é mais do que uma questão constitucional, trata-se de uma postura ética. Como bem alerta Dias⁹⁸,

Ao contrário do que se pensa, considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas.

O debate mais caloroso quanto à inclusão das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo no conceito de família gira em torno do art. 226 da Constituição Federal. Se por um lado é certo que não há previsão constitucional expressa nesse sentido, por outro também é correto dizer que é por meio de uma interpretação sistemática (tem como pressuposto a unidade do sistema jurídico) e de uma interpretação teleológica (tem como objetivo investigar o fim colimado pela lei, como elemento fundamental, visando descobrir o sentido e o alcance da mesma) da Constituição que se irá inferir tal conclusão.

⁹⁵ Ibidem, p. 52.

⁹⁶ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1980, p. 45-50, v. 271.

⁹⁷ FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 82.

⁹⁸ Op. Cit., p. 33.

De fato, não há no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de normas específicas a regular as uniões homoafetivas e os efeitos que dela decorrem. Trata-se, segundo Jenczak⁹⁹, de “um direito novo a exigir positivação, para o que é indispensável a cooperação interdisciplinar de todos os políticos do Direito”. O autor enfatiza que, a exemplo do que ocorreu em outros países, essa legislação só será formalizada se houver um trabalho interdisciplinar.

Fachin¹⁰⁰, ao discorrer sobre o silêncio do Código Civil de 2002, com relação às uniões homoafetivas e seu caráter excludente, adverte que “os *fora dessa lei* não estão *fora da lei* quando é de outra lei que se trata”, ensejando uma remissão à Constituição Federal.

Diante da ausência de norma especial reguladora, sobressai uma corrente doutrinária que defende a inclusão das uniões homoafetivas dentro do conceito de entidade familiar por meio da analogia ao instituto da união estável, prevista no art. 226, §3º da Constituição Federal.

Entretanto, corrente doutrinária contrária ao reconhecimento se baseia justamente no § 3º do artigo 226 da Carta da República, justificando que a referência somente à união estável entre homem e mulher dever-se-ia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, revelando uma dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

O Tribunal de Justiça gaúcho foi pioneiro no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas (“Neologismo cunhado com brilhantismo pela Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS”, nos termos do Ministro Humberto Gomes de Barros, no REsp 238.715/RS). Em densos e extensos votos, discorrendo sobre aspectos jurídicos, psicológicos, históricos e antropológicos, os julgadores gaúchos foram sedimentando o que seria pioneiro no país.

A respeito expõe Pereira¹⁰¹:

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul parecia trilhar por caminho coerente: reconheceu a competência das varas de família para julgar questões referentes a uniões de pessoas do mesmo sexo (o que já pressupunha o reconhecimento da natureza familiar dessas uniões) e também reconheceu às uniões homossexuais os mesmos efeitos patrimoniais

⁹⁹ JENCZAK, Dionísio; ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das Relações Homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.103.

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: OLMO, Florisbal de Souza Del’, ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Col. MATTOS, Adherbal Meira. (Coord). [et al.]. **Direito de Família Contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-92.

¹⁰¹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

inerentes às demais relações familiares de maneira geral. As decisões do Tribunal gaúcho reconheceram a possibilidade de se estender indistintamente a homens a mulheres, independentemente de sua orientação sexual, o direito de constituir família, garantindo nas relações familiares entre pessoas do mesmo sexo eficácia (indireta) aos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, a partir da vinculação dos julgadores a esses direitos fundamentais na interpretação e aplicação do direito privado.

No Supremo Tribunal Federal, em 2003 o Ministro Marco Aurélio Mello¹⁰² demonstrou possuir igual entendimento:

Constitui 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). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. [...] ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.

Nesse sentido, em razão do recurso à analogia, os critérios para a caracterização da união estável homoafetiva deverão ser exatamente os mesmos exigidos para a união estável dos casais heterossexuais.

Assim, o que se tem hoje como certo em matéria de reconhecimento de união estável, seja entre pessoas de sexos opostos, seja entre pessoas do mesmo sexo, é a necessidade de demonstração, segundo Oliveira¹⁰³, quanto à ocorrência de:

a) uma relação em que seus membros convivam um com o outro, isto é, estabeleçam uma comunhão estreita de vida e de interesses, ainda que não haja coabitação entre eles; b) que esta relação seja duradoura, contínua e perdure por um período de tempo que revele estabilidade e interesse na constituição de família; c) que esta relação seja igualmente pública, ou seja, de conhecimento notório e inequívoco das pessoas que integram o círculo de relações dos companheiros; e, sobretudo, d) que por meio da união estabelecida, os conviventes tenham o objetivo de constituição de família, que "se revela pelo comportamento social à moda de casados e uma gama de elementos variáveis, como a frequência a lugares públicos, a participação em reuniões, festividades e compromissos familiares, a situação de dependência de um dos companheiros, as viagens em conjunto, a colaboração nas

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática Ministro Marco Aurélio Mello**. Petição nº 1.984-9. Proced. Rio Grande do Sul. Julgado em 10 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/advocacia/pdf/Par05-272.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2010.

¹⁰³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002, p. 156

empreitadas de interesse comum, a abertura de contas bancárias conjuntas, a existência de filhos em comum, o tratamento dispensado por parentes, conhecidos e amigos, a aquisição de bens em condomínio etc.

Desde que presentes esses requisitos e comprovada a inexistência de relações matrimoniais por ambos os conviventes, estará caracterizada a união estável e a ela poderão ser concedidos todos os efeitos legais dela decorrentes, inclusive aqueles de natureza sucessória.

Dias apud Chineletto¹⁰⁴ desenvolve novo argumento para interpretação do § 4º do art. 226, comparando a União Homoafetiva à união estável e assim salienta,

Não há, portanto, como deixar de visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto adverbial de adição 'também' utilizado no § 4º do art. 226 da CF, é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem direitos têm de ter interpretação de exclusão.

A essa afirmação aduz ainda que:

Nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, estabelece exigência nitidamente discriminatória. Frente à abertura conceitual levada a efeito pelo próprio legislador constituinte, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por consequência, de todo descabido a ressalva feita no sentido de só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Observe-se que a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, inseriu no sistema jurídico as uniões homoafetivas como entidade familiar.

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de

¹⁰⁴CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. **União homoafetiva:** uma nova concepção de família na perspectiva Civil - Constitucional. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Está explícito no parágrafo único acima citado que as relações pessoais de toda mulher independem de orientação sexual. Considerando que, para efeitos da lei, violência doméstica é toda aquela que ocorre contra mulher no âmbito familiar, entende-se que as uniões homoafetivas estão inseridas no conceito de entidade familiar.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha reconheceu e introduziu o conceito de família às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Interessante ressaltar que se reconheceu a união afetiva dentro de um lar entre duas mulheres, a interpretação também deve se feita a “contrario sensu”. Frente ao princípio constitucional da Igualdade e em uma interpretação lógico-racional, deve ser reconhecida como família também a união entre dois homens que convivam com o objetivo de vida em comum.

Em decisão inovadora, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que debatia o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo. Decidiram por unanimidade ser expressamente vedado qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual (art. 3º, IV, da Constituição Federal).

Reconheceu que o artigo 1723 do Código Civil Brasileiro, que trata da união estável, deve ser aplicado conjuntamente ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Assim, estendeu os efeitos desta união estável aos casais do mesmo sexo.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto¹⁰⁵ fundamentou seu voto em uma série de argumentos que tinham como base a compreensão da noção de isonomia como reconhecimento da união homoafetiva e o entendimento da família como uma entidade fundada no afeto e no companheirismo.

Ao rejeitar um entendimento da homossexualidade como mera forma de prazer sexual de menor valor social, o ministro relator deu ênfase especial ao caráter afetivo dessas relações. Seguindo uma longa tradição dentro da jurisprudência brasileira sobre as uniões livres, dá especial importância ao papel da afetividade como fundamento das uniões. A consideração sobre o papel do afeto na vida dos indivíduos serviu para justificar o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, pois a proteção jurídica dela

¹⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADPF n.º 132 e ADIN n.º 4277**. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 12/05/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2012.

decorrente garante uma base material cuja importância para os relacionamentos não pode ser negada. Os seres humanos, sejam eles heterossexuais ou homossexuais, não estabelecem relacionamentos apenas baseados na atração física. Pelo contrário, eles buscam a construção de uniões duradouras como uma forma de satisfação da maior importância, projeto pessoal pelo direito à intimidade.

A idéia de que o princípio da igualdade requer a equiparação entre uniões homossexuais e heterossexuais serviu como fundamento para duas linhas de argumentação. A noção de isonomia constitucional foi utilizada pelo ministro relator para afirmar que o tratamento desigual dos casais homossexuais constitui uma forma de discriminação sexual. O tratamento arbitrário dos casais homossexuais pode ser classificado como um tipo de discriminação sexual: ele tem como objeto o sexo do parceiro escolhido. Eles não sofreriam esse tipo de discriminação se construíssem relacionamentos com pessoas do sexo oposto. O ministro relator mencionou a norma constitucional que proíbe a discriminação baseada no sexo das pessoas para rejeitar o argumento segundo o qual a união estável é uma instituição inerente heterossexual¹⁰⁶.

É imperiosa a transcrição de dois principais trechos de referida decisão¹⁰⁷:

[...] 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. Do teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior [...] se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. [...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O Ministro Luiz Fux¹⁰⁸, segundo a votar no julgamento, ressaltou que as uniões homoafetivas estáveis em nada se diferem das uniões estáveis entre homem e mulher, considerando-as entidades familiares simétricas, afirmando que se incluem no conceito constitucional de família e que as distinções entre as uniões heterossexuais e homossexuais não resistiriam ao teste da isonomia.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

Todos os Ministros votantes no julgamento manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais. Reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar e aplicaram à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. A Suprema Corte decidiu de forma coesa e homogênea, decidiu de forma brilhante.

Nesse sentido, fica ressaltado o papel que o núcleo familiar tem em nossa ordem social. A família não apenas provê uma base material para os indivíduos, mas também fornece a ele os princípios morais e cívicos necessários para a vida em comunidade.

O Ministro Carlos Ayres Brito¹⁰⁹ argumentou na decisão que as normas constitucionais não fazem diferenciação entre as famílias formalmente constituídas e aquelas que existem faticamente; os dois tipos têm a mesma função social. Isso significa que o texto constitucional não estabeleceu nenhuma significação taxativa da noção de família; essa instituição tem um sentido aberto que possibilita a consecução dos objetivos essenciais para consolidação da cidadania.

Considerando que a compreensão da família como uma instância que possui funções de integração dos indivíduos na sociedade, a decisão considera as uniões homoafetivas como uma entidade que não possui diferença dos arranjos familiares decorrentes de relações entre pessoas de sexos opostos. De acordo com o Ministro Luiz Fux¹¹⁰, a família formada por casais heterossexuais ou homossexuais é aquela fundada nos pressupostos da visibilidade, da continuidade e da durabilidade.

Chaves¹¹¹ explica que alguns votos recorriam como fundamentação a interpretação conforme a Constituição, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as ações. Outros votos divergiram, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas ao revés, deveria ser considerada união homoafetiva estável. Ainda apontou-se que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar possuía sustentáculo nos direitos fundamentais.

Argumentou-se também no sentido de existir uma lacuna legislativa, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado: a união estável e, por fim, ainda formulou-se entendimento de que se deveria aplicar extensivamente aos casos em tela o regime jurídico da união estável. Todos os entendimentos, com a variedade de fundamentações, conduziram a um mesmo resultado: os Ministros do Supremo Tribunal

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ CHAVES, Mariana. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 02 dez. 2011.

Federal reconheceram as uniões homoafetivas como uniões estáveis e as consideraram como verdadeiras famílias.

Ainda segundo Mariana Chaves¹¹², reconheceu-se, assim, que a base do conceito de família está fundada no afeto entre seus membros, elo de importância central entre o indivíduo e a sociedade. É a aplicação dos princípios constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, embasamentos jurídicos garantidores da liberdade e do respeito às diferenças, sobretudo ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

A respeito da decisão do Egrégio Tribunal, Silva Júnior¹¹³ salienta:

O que se descortina em matéria de reconhecimento do AMOR em face do Poder Judiciário brasileiro, a partir desta decisão do Supremo, aponta a direção mais bonita: a que independe de qualquer condição para que tal sentimento seja, efetivamente, atestado em toda sua inteireza e nas implicações que traz na vida relacional-familiar das pessoas - para além de cor, sexo, orientação afetivo-sexual, nuances de gênero... Conjugiar, no exercício da existência concreta, o verbo AMAR persistirá justificando a formação de uma família, qualquer que seja essa. Realmente, para enxergar a família, é preciso enxergar o amor. Se não se identifica afeto, não se vê família. Por isso, continuo ratificando e ecoando o cancionero: "Eu vejo a vida melhor no futuro. Eu vejo isso por cima do muro de hipocrisia que insiste em nos rodear".

Do ponto de vista de Chaves¹¹⁴: “Com o julgamento – e como restou evidenciado em cada voto – a Suprema Corte espancou a intolerância e o preconceito, fazendo valer o verdadeiro Estado Democrático de Direito”.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ SILVA JÚNIOR, Enezio de Deus da. **Amor e família homossexual**: o fim da invisibilidade através da decisão do STF. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

¹¹⁴ Op. Cit.

CAPÍTULO 3 - DESCONSTRUÇÃO DO GÊNERO E HOMOAFETIVIDADE

3.1 O Gênero como Tema

Teorias filosóficas, antropológicas, históricas e psicológicas recentes problematizam e desestabilizam as evidências tradicionais sobre as quais se assentava nossa compreensão acerca das relações entre sexo e gênero. Os argumentos produzidos nessa seara aportam contribuições relevantes para o tratamento jurídico do tema dessa dissertação, assim como para orientação da hermenêutica jurídica e da atividade jurisdicional.

Foi no contexto do feminismo, que o termo “gênero” surgiu como categoria de análise das diferenças entre homens e mulheres. Na década de 70, a distinção entre sexo e gênero foi fundamental para refutar o determinismo biológico como justificativa para as desigualdades sociais entre mulheres e homens.

A partir do gênero, as feministas pretendiam evidenciar que as distinções entre o masculino e o feminino não eram reais, isto é, eram mascaradas pela própria estrutura social. Por outro lado, queriam demonstrar que o termo “sexo” remetia à condição biológica, natural do ser humano, o que reforçava a naturalização das desigualdades entre homens e mulheres.

A importância dos avanços nos estudos de gênero foi, sem dúvida, fundamental para solidificar a idéia de que as diferenças biológicas entre os sexos não são responsáveis pelas desigualdades entre homens e mulheres. Constatar que essas diferenças são, na verdade, construções sociais legitimadas por uma sociedade patriarcal é uma contribuição fundamental dada pelos estudos de gênero e pelo movimento feminista¹¹⁵. Gênero se constitui com e/ou em corpos sexuados, ou seja, não é negada a biologia, mas é a construção histórica produzida sobre as características biológicas. É a construção social de cada sexo. Louro¹¹⁶ ressalta que “esse conceito serve, assim, como uma ferramenta analítica que é, ao mesmo tempo, uma ferramenta política”.

Desta forma, a categoria gênero é entendida como uma construção social das relações entre homens e mulheres, uma área onde interagem e disputam. Tal categoria

¹¹⁵ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 20.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 21.

emergiu no âmbito da academia, fruto da contribuição do movimento feminista, como aponta Louro¹¹⁷:

Será no desdobramento da assim denominada “segunda onda”, aquela que se inicia no final da década de 1960 que o feminismo, além das preocupações sociais e políticas, irá se voltar para as construções propriamente teóricas. No âmbito do debate que a partir de então se trava, entre estudiosas e militantes, de um lado, e seus críticos ou suas críticas de outro, será engendrado e problematizado o conceito de gênero.

Derrida apud Miskolci¹¹⁸ conceitua o que seria desconstrução do gênero. Na perspectiva de Derrida, a heterossexualidade precisa da homossexualidade para sua própria definição, de forma que um homem homofóbico pode-se definir apenas em oposição àquilo que ele não é: um homem gay. Este procedimento analítico que mostra o implícito dentro de uma oposição binária costuma ser chamado de desconstrução. Desconstruir é explicitar o jogo entre presença e ausência, e a suplementaridade é o efeito da interpretação porque oposições binárias como a de hetero/homossexualidade, são reatualizadas e reforçadas em todo ato de significação, de forma que estamos sempre dentro de uma lógica binária que, toda vez que tentamos quebrar, terminamos por reinscrever em suas próprias bases.

Judith Butler volta sua crítica e sua argumentação para a oposição binária heterossexual/homossexual. Teóricos como Louro¹¹⁹, defendem que a oposição preside não apenas os discursos homofóbicos, mas ainda continua presente nos discursos favoráveis à homossexualidade, tanto para defender a integração dos/as homossexuais (ou para reivindicar uma espécie ou uma comunidade em separado), como para considerar a sexualidade como originariamente 'natural' (ou mesmo considerá-la como socialmente construída) - esses discursos não escapam da referência à heterossexualidade como norma.

A primeira vez que se falou em “gênero” foi em 1968, com Robert Stoller, no livro “*Sex and Gender*”, em que empregou a palavra “gênero” com o sentido de separação em relação ao “sexo”. Neste livro, Robert Stoller estava discutindo sobre o tratamento de pessoas consideradas “intersexos e transexuais”. Tratava de intervenções cirúrgicas para adaptar a anatomia genital (considerada por ele como sexo) com sua identidade sexual escolhida (considerada como gênero). Para este autor, o “sentimento de ser mulher” e o “sentimento de ser homem”, ou seja, a identidade de gênero era mais importante do que as características

¹¹⁷ Ibidem, p.14.

¹¹⁸ MISKOLCI, Richard. A teoria queer e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, n.21, Porto Alegre, 2009.

¹¹⁹ LOURO, Guacira Lopes. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. **Estudos feministas**. v. 9, n. 2, Florianópolis: IFCH, 2001.

anatômicas. Neste caso, o “gênero” não coincidia com o “sexo”, pois pessoas com anatomia sexual feminina sentiam-se homens, e vice-versa¹²⁰.

Importante citar Scott¹²¹ que escreveu: “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”, publicado no Brasil em 1990. Neste artigo, Scott retoma a diferença entre sexo e gênero, já empregada na década de 60 por Robert Stoller. Entretanto, ela o articula com a noção de poder:

[...] gênero tem duas partes e diversas subpartes. Elas são ligadas entre si, mas deveriam ser distinguidas na análise. O núcleo essencial da definição repousa sobre a relação fundamental entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos e o gênero é um primeiro modo de dar significado às relações de poder.

Assim, diferentemente do que Stoller¹²² tinha proposto – ou seja, de que gênero era o sexo social/cultural e sexo se referia à biologia – para Scott gênero é constituído por relações sociais: estas estavam baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e, por sua vez, constituíam-se no interior de relações de poder. Num artigo publicado em 1988, nos Estados Unidos, Scott explicava como chegou a esta categoria. Informava, então, que “gênero significa o saber a respeito das diferenças sexuais”, e este saber, dizia ela, era pensado no sentido que lhe dava Michel Foucault, isto é, sempre relativo; seus usos e significados “nascem de uma disputa política e são os meios pelos quais as relações de poder – de dominação e de subordinação – são construídas”¹²³. Portanto, concluía, “gênero é a organização social da diferença sexual.” Por outro lado, ela lembrava que gênero não refletia ou implementava diferenças fixas e naturais entre homens e mulheres, mas “um saber que estabelece significados para as diferenças corporais”.

Nicholson¹²⁴, historiadora referência nas discussões de gênero, lembra que separar sexo de gênero e considerar o primeiro como essencial para elaboração do segundo pode ser, como queriam as feministas dos anos setenta, uma forma de fugir do determinismo biológico, mas constitui-se, por sua vez, num “fundacionalismo biológico”. Isto porque “postula uma

¹²⁰ STOLLER, Robert J. Sex and gender. New York: Science House, 1968, apud STOLCKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. **Revista Estudos Feministas**, v.12, n.2, 2004, p.86.

¹²¹ SCOTT, Joan Wallach. **A cidadã paradoxal**. As feministas francesas e os direitos do homem. Florianópolis: Mulheres, 2002, p. 14

¹²² PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **Revista Scielo**, v. 24, n.1, São Paulo: 2005, p. 86.

¹²³ Op Cit., p. 16.

¹²⁴ NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Revista Estudos Feministas**, v.8, n.2, Florianópolis, 2000, p. 9.

relação mais do que acidental entre a biologia e certos aspectos de personalidade e comportamento.” Ou seja, “funda” sobre o biológico aquilo que a cultura estabelece como sendo personalidade e comportamento de homens e mulheres. Assim, seguindo estas propostas teóricas, o sexo deixa de ser pensado como o significante sobre o qual se constrói o significado.

3.2 Desconstruindo o Gênero

Uma das principais filósofas contemporânea, Butler¹²⁵ formula sua teoria questionando o já consagrado conceito de que sexo é natural, biológico e o gênero construído socialmente, integrando significados culturais assumidos pelo corpo sexuado. Com essa premissa, desconstrói a divisão sexo/gênero, conceito no qual a teoria feminista está baseada.

A princípio, as teorias feministas se fundamentavam na idéia de gênero como diferente da idéia de sexo para defender perspectivas "desnaturalizadoras" sob as quais se dava, consensualmente, a associação do feminino à fragilidade ou submissão.

A filósofa¹²⁶ teoriza, questiona justamente o fundamento das teorias feministas. Ao afastar da noção de gênero a idéia de que ele decorreria do sexo, discute em que medida a distinção entre ambos seria arbitrária. Quando a autora diz que seria possível que o sexo sempre tenha sido o gênero, de maneira que, assim, inexistiria a distinção entre sexo e gênero, sugere que o sexo não é natural, mas discursivo e cultural tal qual o gênero.

Assim, sendo o sexo socialmente e historicamente construído tanto quanto o gênero, deixa o gênero de ser entendido como a interpretação cultural do sexo e o sexo deixa de ser uma construção do domínio pré-discursivo. Por consequência, independente do sexo, o gênero se torna um “artifício flutuante”, com a consequência de que “homem” e “masculino” podem significar tanto um corpo feminino quanto um masculino.

Butler¹²⁷ propõe o que ficou sendo chamado como “teoria performática”. De acordo com esta teoria, a “performatividade” do gênero é um efeito discursivo, e o sexo é um efeito do gênero. Para chegar a esta questão, a autora pergunta: “O que é o sexo?” E continua perguntando:

¹²⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 21.

¹²⁶ Ibidem, p. 24.

¹²⁷ Ibidem, p. 25.

É ele natural, anatômico, cromossômico ou hormonal, e como deve a crítica feminista avaliar os discursos científicos que alegam estabelecer tais “fatos” para nós? Teria o sexo uma história? Possuiria cada sexo uma história ou histórias diferentes? Haveria uma história como se estabeleceu a dualidade do sexo, uma genealogia capaz de expor as opções binárias como uma construção variável? Seriam os fatos ostensivamente naturais do sexo produzidos discursivamente por vários discursos científicos a serviço de outros interesses políticos e sociais? Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revelasse absolutamente nenhuma.

Ao desconstruir o caráter imutável do sexo, chama atenção para que assim como gênero, o sexo também seja percebido como algo construído. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado, tem de designar também o aparato mesmo de produção, mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.

Partindo da afirmação de Simone de Beauvoir "A gente não nasce mulher, torna-se mulher", Judith Butler¹²⁸ disserta a esse respeito explicando que não há nada na definição de Beauvoir que garanta que o 'ser' que se torna mulher seja, necessariamente, uma fêmea. Na maioria das teorias feministas o sexo é aceito como substância, como aquilo que é idêntico a si mesmo, e o gênero enquanto "atributo" de pessoa. Na verdade gênero configuraria um fenômeno inconstante e contextual, não podendo denotar um ser substantivo, mas sim “um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes”¹²⁹.

Na tentativa de “desnaturalizar” o gênero, Butler propunha libertá-lo daquilo que ela chama - em uma referência a Nietzsche - de metafísica da substância. Seria uma armadilha, construindo ilusões do ser e da substância “promovidas pela crença em que a formulação gramatical de sujeito e predicado reflete uma realidade ontológica anterior, de substância e atributo”¹³⁰. Para a autora, a crítica à metafísica da substância implicaria necessariamente em uma crítica da própria noção de pessoa psicológica como “coisa substantiva”.

Com base nisso a autora não considera gênero como um substantivo, tampouco um conjunto de atributos flutuantes. Opondo-se à metafísica da substância, Butler afirma que a identidade é *performativamente* constituída, de modo que não existe uma identidade de gênero definidora de expressões de gênero, uma vez que estas a constituem. Ao fazer a

¹²⁸ Ibidem, p. 26.

¹²⁹ Ibidem, p. 29.

¹³⁰ Ibidem, p. 42.

afirmação de que não há identidade de gênero por trás das expressões do gênero, Judith Butler¹³¹ dialoga com a afirmação de Nietzsche, no livro *A genealogia da moral*, de que “não há ‘ser’ por trás do fazer, do realizar e do tornar-se; o ‘fazedor’ é uma mera ficção acrescentada à obra – a obra é tudo”.

3.3 Gênero e Homoafetividade

Na mesma linha de pensamento de Butler, sendo a identidade performativamente constituída, um “ser” homem não é necessariamente um “gênero” masculino. Ela estaria tentando deslocar o feminismo do campo do humanismo, como prática política que pressupõe que o sujeito possua uma identidade fixa, para um espaço tal que permita deixar em aberto a questão da identidade, algo que não organize a pluralidade.

Durante muito tempo, a sexualidade era considerada um aspecto da intimidade de cada indivíduo e como tal era um assunto restrito à vida privada. No entanto, teóricas feministas, muitas, influenciadas por reflexões pós-estruturalistas de Foucault¹³², nos revelam que a sexualidade é também política.

Como nos diz Butler¹³³, o sujeito é constituído discursivamente, é contingente e político, em todos os sentidos e aspectos de sua vida. Na visão de Prado e Machado¹³⁴, a transformação de experiências da vida privada em experiências e temas públicos pode repercutir em processos de conscientização política, que ensejam o reconhecimento social na equivalência de direitos implicada muitas vezes na construção de novos direitos e/ou na desconstrução de direitos estabelecidos.

Giddens¹³⁵ citando Foucault expõe:

A sexualidade não deve ser compreendida apenas com um impulso que as forças sociais têm que conter. Mais que isso ela é “um ponto de transferência especialmente denso para as relações de poder” algo que pode ser subordinado como um foco de controle social pela própria energia que, impregnada de poder, ela gera.

¹³¹ Ibidem, p. 48.

¹³² FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal. 1988. (Original work published in 1969).

¹³³ BUTLER, Judith. **Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo**. Cadernos Pagu,, 1998, p. 11, v. 11.

¹³⁴ PRADO, Marco Aurélio; MACHADO, Frederico Viana. **Preconceito contra homossexuais: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008, p. 22.

¹³⁵ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1993, p. 28.

Britzman¹³⁶ mostra que as identidades sexuais não são fixas, nem se instalam de forma automática nos indivíduos, mas vão se construindo ao longo da vida, pois, segundo esta autora,

A identidade sexual está sendo constantemente rearranjada, desestabilizada e desfeita pelas complexidades da experiência vivida, pela cultura popular, pelo conhecimento escolar e pelas múltiplas e mutáveis histórias de marcadores sociais como gênero, raça, geração, nacionalidade, aparência física e estilo popular.

As identidades de gênero tanto quanto as identidades sexuais podem ser caracterizadas pela possibilidade de transformações. Desta forma, conforme ensina Louro¹³⁷ torna-se temerário estabelecer um momento determinado para que as identidades de gênero e as identidades sexuais sejam “instaladas” ou “assentadas” nos indivíduos. Não poderiam ser eternamente objeto de mutações? Para Ceccarelli¹³⁸ “o modelo biológico do masculino e do feminino é válido para a definição celular; mas seria ilusório pensar que a identidade sexuada poderia ser definida a partir do biológico”. A identidade sexual não sofre interferência da orientação sexual, que consiste na maneira como cada um se representa e relaciona-se socialmente com os demais, individualizando-se e constituindo consciência.

Enquanto a identidade de gênero se relaciona com as identificações histórico-sociais dos sujeitos, que se reconhecem como masculinos ou femininos, a identidade sexual liga-se à maneira como os indivíduos sentem e experimentam a sua orientação sexual, ou seja, os seus desejos sexuais das mais variadas formas e segundo a construção cultural e singular de cada vivência. Como aponta Piazzeta¹³⁹: “Se o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual diz com a forma como a sexualidade é vivida”.

Para Rios¹⁴⁰, a identidade sexual é aquela “[...] atribuída a alguém em virtude da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade), ou de ambos os sexos (bissexualidade).” A identidade de gênero pode ser conceituada como a forma como uma

¹³⁶ BRITZMAN, Deborah P. **O que é esta coisa chamada amor?** Identidade homossexual, educação e currículo. n. 21. Porto Alegre: Educação & Realidade, 1996, p.74.

¹³⁷ Op. Cit, 43.

¹³⁸ CECCARELLI, Paulo Roberto. **Homossexualidade e preconceito**. Disponível em: <<http://www.ceccarelli.psc.br>>. Acesso em: 04 nov. 2010.

¹³⁹ PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17.

¹⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte- Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

pessoa se sente e apresenta para si e para as outras pessoas enquanto masculino, feminino ou os dois, sem, necessariamente, estar vinculada a sua genitália externa.

Ademais, a identidade sexual é dividida em duas, biologicamente masculino/feminino. Mas seria a identidade sexual definida a partir do biológico? Por que a heterossexualidade que é natural e inata? De acordo com Souza Filho¹⁴¹:

[...] modo ideológico de representar a realidade do sexo humano e as “marcas de gênero” nos corpos que, dentre outros feitos, concorre para a produção e sustentação da falsa idéia da *diferença sexual* como dada *a priori*, em algum plano (biológico ou “outro”, na *metafísica da substância*), e da idéia correlata-imediata da heterossexualidade como igualmente *natural* e *inata*. Tudo o que não se enquadra nesse esquema passa a ser considerado da ordem do “desvio”, do “bizarro”, da “anomalia”. Esquema fundador dos preconceitos e da discriminação contra homossexuais.

Desafiar as fronteiras tradicionais de gênero e sexuais, pondo em xeque as dicotomias masculino/feminino, homem/mulher, heterossexual/homossexual, pode ser a base para sustentação de que hetero ou homo, todos são pessoas, seres humanos que merecem o mesmo tratamento, que possuem os mesmos direitos.

Assim sendo, estão sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, que envolve o conjunto indissociável formado pela integridade física e psíquica em suas múltiplas manifestações.

Na lição do Prof. Vieira¹⁴²

[...] seria mais correto dizer que o papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros anseios instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados.

A dignidade é um valor inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.

O fato de que os valores de organização de nossa sociedade são frutos da “heteronormatividade”, isto é, só podem ser consideradas como normais as relações entre

¹⁴¹ SOUSA FILHO, Alípio. A resposta gay. In: BARROS JÚNIOR, Francisco de Oliveira; LIMA, Solimar Oliveira (Org.). **Homossexualidades sem fronteiras**: olhares. Rio de Janeiro: BookLink, 2007, p. 34.

¹⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheriso, 2006, p. 67.

peças de sexos opostos, leva à exclusão de que parcelas significativas de pessoas que interagem de forma diferente são anormais e, portanto, menos dignas de proteção.

Discorrendo sobre a questão de gênero a partir da heteronormatividade, Bento¹⁴³ afirma que:

A visão que define gênero como algo que as sociedades criam para significar as diferenças dos corpos sexualizados assenta-se em uma dicotomia entre sexos (natureza) versus gênero (cultura). Segundo essa visão, cada cultura moldaria, imprimiria suas marcas nesse corpo inerte e diferenciado sexualmente pela natureza. Ao contrário, segundo Butler, podemos analisar gênero como uma sofisticada tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, lingüísticas, domésticas, escolares e que produzem constantemente corpos-homens e corpos-mulheres. Uma das formas de se reproduzir a heterossexualidade consiste em cultivar os corpos em sexos diferentes, como aparências “naturais” e disposições heterossexuais naturais. A heterossexualidade constitui-se em uma matriz que conferirá sentido às diferenças entre os sexos.

A divisão sexo/gênero funciona como uma espécie de pilar fundacional da política feminista. A desconstrução da concepção de gênero seria o desmonte de uma equação na qual o gênero seria concebido como o sentido, a essência, a substância, categorias que só funcionariam dentro da metafísica. O principal questionamento decorre da premissa na qual se origina a distinção sexo/gênero: sexo é natural e gênero é construído.

Com base na teoria da desconstrução do gênero de Butler, foi proposto um novo olhar sobre o binário sexo/gênero. Gênero passa a ser visto como uma categoria de análise a partir da proposta de um pensamento abrangente, longe dos argumentos biológicos e culturais da desigualdade, os quais sempre têm o masculino como ponto referencial.

Considerar as relações de gênero de forma ampla permite compreender e incluir diversas maneiras de se viver as feminilidades e as masculinidades socialmente construídas. Isso sem transgressões, sem preconceitos.

No escólio de Silva Júnior¹⁴⁴, a sexualidade pode ser identificada como um reflexo da dignidade humana. As manifestações de gênero e as orientações afetivo-sexuais (heterossexual, bissexual e homossexual) são direitos fundamentais em face de diversos ordenamentos jurídicos. E continua:

¹⁴³ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p. 85.

¹⁴⁴ Op Cit., p. 115.

A homossexualidade, em sintonia com as reformulações científicas, com os novos entendimentos sobre orientação afetivo-sexual e em conformidade com os avanços jurídicos, em matéria de direitos humanos, deve ser vislumbrada no plano da dignidade humana – assim como todas as outras manifestações ou variantes do desejo. A estrutura humana desse é infindável nascente da psique e um bem fundamental, que não se obstaculiza; no máximo, nega-se no âmbito subjetivo ou camufla-se no social. A atração (inclinação) afetiva para o sexo idêntico, por exemplo, não surge como escolha nem cessa por imposição ou vontade, assim como o desejo heterossexual. Por isso, a livre manifestação da heterossexualidade (e, pois, da afetividade) está entre os direitos consagrados, internacionalmente, como fundamentais e inalienáveis os seres humanos.

É preciso um processo de transformação de mentalidade para que caminhemos para o sinalizado fim do gênero sexual como hoje construído. A dissolução da fronteira entre o feminino e o masculino, entre a binariedade marcada, pode contribuir para o tratamento adequado do tema específico dessa dissertação.

A busca deve fazer-se por uma norma jurídica à altura do estado atual dessas questões. A norma deve ser geral e abstrata, sem qualquer distinção. Sexo não é biológico, como o gênero não é culturalmente construído. Por que tantas distinções se sempre estamos falando de seres humanos?

A Dignidade da Pessoa Humana deve ser respeitada e tutelada independente de cor, raça, religião, sexo, gênero. Identidade sexual deve ser tratada de forma secundária. O que mais importa é dar a todo ser humano o que lhe é direito: integridade, dignidade.

CAPÍTULO 4 - O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1 Casamento Civil x Casamento Religioso

Nas sociedades primitivas a família era o centro da organização social. Como a preocupação básica era a satisfação de necessidades primárias, o homem primitivo precisava da mulher para dividir tarefas, para prover sua própria subsistência.

Segundo Costa¹⁴⁵,

Nos primórdios dos tempos, o ser humano, destituído de inteligência, como qualquer outro animal, relacionava-se entre si apenas mediante o instituto que o encaminhava à procriação e a preservação da espécie. Através de comandos instintivos o casal se encontra apenas no momento da procriação, atraído pelo instinto, quase sempre em determinada estação do ano.

Historicamente, o casamento tem origem no Direito Romano, fonte de nosso Direito Civil. Era organizado em torno do patriarca. A união conjugal era constituída por meio de um contrato pragmático entre o marido e o pai da mulher. Esta mulher, que sequer era ouvida e não tinha direitos civis, possuía as funções de gerente da casa e procriadora.

Apesar de ser era um fenômeno mais sociológico do que jurídico, pois não existia uma regulamentação própria, é a partir de Roma que a união entre um homem e uma mulher passa a interessar ao mundo jurídico, gerando nele seus efeitos.

Inicialmente havia a *confarreatio*, casamento da classe patricia, correspondendo ao casamento religioso. Possui esta denominação em razão da torta de cevada que era dividida entre o casal como símbolo da vida comum que se iniciava. Esta é a origem do tradicional bolo de noiva.

A *coemptio* era o matrimônio da plebe, constituindo o casamento civil. Entretanto, era uma forma de *mancipatio*, negócio jurídico formal utilizado para um grande número de negócios. Consistia na venda da mulher por quem exercia o pátrio poder.

Por fim, havia o *usus*, aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião. A mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência. O casamento era um ato jurídico complexo e não instantâneo, o comportamento

¹⁴⁵ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 5.

dos cônjuges após a união matrimonial deveria ser compatível com a sua condição de casado e só desta forma o matrimônio era considerado pleno a ter efeitos jurídicos

Segundo Venosa¹⁴⁶, esses matrimônios eram denominados de *cum manun*, pois faziam com que a mulher perdesse toda relação e parentesco da família com o pai, submetendo-se à família do marido. O vocábulo *manus* designava o poder doméstico, atribuído ao marido sobre a mulher, denominado poder marital.

Entretanto, apesar da semelhança com o instituto da usucapião, em razão do conceito de posse, para o casamento existia o requisito da *affectio maritalis*, a “afeição conjugal”.

Azevedo¹⁴⁷ comenta a *affectio maritalis*:

A afeição conjugal era indispensável fator à própria existência do casamento, pois parece ter sido uma lição dos romanos, plantada como semente de grande espiritualidade, que deu ao matrimônio esse colorido imaterial. Entretanto, em regime de desigualdade de direitos entre o homem e a mulher, a afeição conjugal viria a ser cultivada em sentido de constante humanização, sob influência do cristianismo, como verdadeiro exemplo à formação da família moderna, em que a independência dos membros da família existe e sob um mútuo controle e respeito de um pelo outro.

Posteriormente, com o desuso do casamento *cum manu*, que ocorreu por força da evolução nos costumes, o matrimônio passou a ser um ato consensual e livre. Era composto por dois elementos: um subjetivo, a *affectio maritalis*, intenção de ser marido e mulher; e outro objetivo, *o honor matrimonii*, realização da vida em comum. Era chamado de casamento *sine manu*, ou livre, sendo destituído de formalidade e de cerimônia simbólica.

O professor Machado¹⁴⁸ descreve:

O casamento se aperfeiçoava com a observância de dois fundamentos essenciais: o *affectio conjugalis* e o *honor matrimonii*. O *affectio conjugalis* era o amor, intenção das partes em se unirem e se ajudarem mutuamente, na tendência de procriar filhos e alargar a família. Ainda sob o impacto do machismo romano, era também chamado de *affectio maritalis*, pois só ao marido era reservado o sentimento de amor, já que a mulher era pouco considerada. Como se trata de um sentimento, um elemento afetivo, necessário se torna que seja manifestado de forma clara e positiva. A forma de manifestação do amor é o *honor matrimonii*. É o conjunto de atos sociais do casal, que revelam estarem eles integrados na sociedade conjugal. É, por exemplo, a apresentação pública de ambos, como casal, a participação em atividades públicas e sociais. O fato de gerar filhos era demonstração evidente do *honor matrimonii*.

¹⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

¹⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

¹⁴⁸ MACHADO, José Jefferson Cunha. **Curso de direito de família**. Sergipe: UNIT, 2000, p. 5.

De acordo com Kaser¹⁴⁹, o caráter fundamental do matrimônio encontrava-se na efetiva comunidade de vida, “sustentada pela *affetivo maritalis*, a intenção e a consciência de ambos os cônjuges de que a união é matrimônio”, mas não caracterizava vontade negocial, não constituía negócio jurídico.

Ainda segundo Kaser¹⁵⁰, o casamento romano tinha por pressupostos uma união caracterizada pela comunidade de vida e associação doméstica monogâmica e vitalícia, cuja nobre finalidade era a descendência. Sendo um fato social, os princípios que regiam sua proteção, sua celebração e dissolução, não eram regulados pelo direito, mas pela moral, cujos vínculos eram suficientes para garantir a subsistência matrimonial.

Diferentemente do Direito Romano, o Direito Canônico foi marcado pelo advento do cristianismo. A partir desse momento só se instituía famílias através de cerimônia religiosa. O casamento romano sempre foi monogâmico, mas não era mais que um fato social. Com o cristianismo, adotado como religião oficial do Império Romano, a partir do século IV, o mesmo tornou-se um sacramento.

Desta forma, o Direito Canônico pode ser compreendido como

[...] o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, ou seja, conjunto de fatores que dão à igreja uma estrutura de sociedade juridicamente organizada [...] a denominação ‘canônico’ deriva da palavra grega *Kánon* (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa à fé ou a ação cristã [...]¹⁵¹.

A partir da Idade Média, com o fortalecimento do poder espiritual, a igreja começou a interferir de forma decisiva nos institutos familiares. Estado e igreja se confundiam nas pessoas do rei e do papa, as suas normas eram também as normas estatais.

De acordo com Pereira¹⁵², o casamento sofreu uma grande variação em sua essência, pois o cristianismo elevou o casamento a sacramento. “[...] O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças.

¹⁴⁹ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 317.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 318.

¹⁵¹ WALD, Arnold. **O novo direito de família**: curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 25.

Segundo Russo¹⁵³, o surgimento dessa nova concepção ocorreu devido à decadência do Império Romano. Para ele “essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos”.

Importante destacar, que o cristianismo pregava a igualdade entre os homens, transmitindo outra conotação acerca dos poderes do homem e da mulher no núcleo familiar patriarcal. O posicionamento da igreja fez com que o homem, que até pouco tempo antes era detentor absoluto do poder e bens, perdesse um pouco de sua autoridade. Embora a família continuasse a ser regida pelo seu chefe, o homem, este já se achava com poderes restritos.

Cahali¹⁵⁴ traz um panorama jurídico-religioso da época:

A princípio, a ação da Igreja visou apenas à moralização do casamento do ponto de vista religioso. Porém, à medida que se foi desenvolvendo o direito canônico e, sobretudo, à medida que aumentava o poder espiritual e político da Santa Sé, começou a atribuir-se competência legislativa e jurisdicional. As primeiras medidas datam do século IX. Paulatinamente foi aumentando a sua ingerência até que finalmente o Concílio de Trento (1563) afirmou definitivamente sua competência.

Entre 1542 e 1563 o clero se reuniu visando a publicação do Concílio de Trento. As discussões levaram duas décadas para produzir seus cânones definitivos e levantaram as mais profundas questões da igreja, inclusive normas referentes ao casamento.

Sobre o matrimônio, conforme ensina Eduardo de Oliveira Leite¹⁵⁵, fica assente que o Concílio de Trento nada mais fez do que manter a doutrina antiga em relação ao casamento:

As decisões do Concílio de Trento são claras e não dão margem à dúvida a respeito das posições da Igreja sobre a matéria matrimonial. A doutrina clássica é retomada, quase que integralmente, e reafirmada numa manifestação de nítida reação à proposta do Reformo: reproduzindo a idéia indiscutível de que o casamento é um, contrato, o concílio afirma o princípio da monogamia e da indissolubilidade do casamento. A regra segundo o qual *matrimonium facit partium consensus* (o consentimento das partes faz o matrimônio) é alterada pelo concílio, sem que se alterasse a natureza contratual do casamento. O concílio apenas passou a qualificar o casamento como um contrato formal, fazendo depender a validade do acordo vontade

¹⁵³ RUSSO, José. As sociedades afetivas e sua evolução. Revista **Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005.

¹⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. Do casamento. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, vol. 13, p. 455.

¹⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 250.

dos nubentes, da manifestação expressa diante do sacerdote e das testemunhas.

No ano de 1564, Portugal, como país católico, tornou obrigatórias em todas as suas terras, incluindo as colônias, as Normas do Concílio de Trento relativas ao casamento, que foram introduzidas mais tarde nas Ordenações Filipinas e que vigoraram entre nós até a promulgação do Código Civil de 1916. Como o casamento civil era desconhecido do mundo, o que tornava válida a união entre um homem e uma mulher era o casamento religioso realizado pela Igreja Católica.

O casamento civil nasceu na Europa, mais precisamente na Holanda, em 1580. Oliveira¹⁵⁶ relata que naquela época, Lutero e Calvino negavam a “natureza sacramental do casamento” sustentando “que sua disciplina e jurisdição” pertenciam ao Estado.

Consolidou-se na França no ano de 1767. O casamento, como instituição pública, segundo Leite¹⁵⁷, adveio da Revolução Francesa, mas teve sua origem na Reforma Protestante quando se questionava a interferência da religião na sua regulamentação por entendê-lo matéria de direito público. O casamento foi, assim, regulamentado pela inclusão da matéria nas codificações do século XIX, edificando-se o Direito de Família e afirmando a proteção, o controle e a preservação da família como um dever assumido pelo Estado.

Eduardo de Oliveira Leite¹⁵⁸ continua:

A Igreja caminha soberana disciplinando o casamento até o século XVIII, com a Revolução Francesa, que inaugura o começo do período do casamento civil, obrigatório, determinando, a Constituição de 03/09/1791, no art. 7º, título 2, ‘que a lei considera o casamento somente como um contrato civil’.

Foi somente no século XIX que o casamento civil chegou ao Brasil.

Nossa Constituição de 1824 havia ignorado o casamento, tanto o religioso, com o civil, importando-se apenas com a família imperial e permitindo que as demais fossem instituídas livremente. Como era grande o número de católicos, o casamento religioso era comumente o mais praticado pelos fiéis.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed Curitiba, PR: Juruá, 2001, p. 154.

¹⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição. Hesitações e Incertezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 254.

Com a presença crescente da imigração e de pessoas que professavam religiões diversas, instituiu-se, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, em uma lei de 1861, permitindo-se a união de casais de seitas dissidentes. Assim, além do casamento religioso católico oficial do Estado, passou-se a permitir o casamento misto, entre católicos e não-católicos, realizado também sob a disciplina canônica.

Na lição de Venosa¹⁵⁹, apenas no período republicano foi introduzido o casamento civil obrigatório, pelo Decreto nº 181, de 24/01/1890, com redação atribuída a Ruy Barbosa, como consequência da separação da Igreja do Estado, situação consolidada pela promulgação do Código Civil. Retirava do casamento religioso qualquer valor jurídico que o mesmo pudesse apresentar. Determinava, inclusive, a prisão por seis meses e uma multa correspondente à metade do tempo, a quem o realizasse o ato religioso antes do legal¹⁶⁰.

Rizzardo¹⁶¹ nota que o Decreto nº. 181, de 1890, estabeleceu que a validade dos casamentos celebrados no Brasil dependeria da observância das disposições pertinentes, obviamente inclusive daquelas emendas das Ordenações ainda não modificadas por leis novas.

De acordo com Oliveira¹⁶², ao introduzir o casamento civil obrigatório o legislador separa de fato o Estado e a Igreja, tal fato marca profundamente o início do século XX. A partir daí, os nubentes que desejassem contrair matrimônio religioso, deveriam celebrá-lo segundo a forma do seu culto, porém era obrigatória a precedência da celebração do casamento civil, tal iniciativa procurava evitar que os nubentes, que porventura celebrassem apenas o casamento religioso, ficassem em situação de puro concubinato. Assim, diz-se que a “cerimônia religiosa era facultativa para exprimir que os interessados não estavam obrigados a recorrer a ela”.

No Código Civil de 1916, o legislador, influenciado pelo Código Francês de 1804, disciplinou o instituto do casamento em inúmeros artigos, consolidando a importância deste ato civil para a constituição da família legítima. Inclusive destacava que o casamento era a única forma de constituição legítima da família. O seu revogado artigo 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

¹⁵⁹ Op Cit., p. 29.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, v. 5 1995, p. 37.

¹⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

¹⁶² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed Curitiba, PR: Juruá, 2001, p. 155.

Segundo Arnold Wald¹⁶³, o casamento civil como única forma de constituição legítima da família perdurou de 1890 até 1937. Somente no ano de 1937 a Constituição voltou-se novamente para o casamento religioso, declarando que poderiam ser atribuídos efeitos civis ao mesmo, uma norma que foi mantida na Constituição de 1946.

Na atual Constituição de 1988 (artigo 226, § 2º), o casamento religioso tem efeito civil nos termos da Lei no. 6.015 de 1973. Silvio de Salvo Venosa¹⁶⁴ dispõe que a Lei nº 1.110/50 disciplina que o casamento religioso equivale ao civil quando os consortes promoverem o devido processo de habilitação perante o oficial de registro, na forma da lei civil. Note-se que o legislador foi muito além, ao permitir que a habilitação ocorra posteriormente ao casamento religioso, com a apresentação dos documentos legalmente exigidos, sem a prévia habilitação civil. (Após o casamento religioso, o registro poderá ser feito.

Já no referente à autoridade celebrante e ao próprio rito, sustenta Pereira¹⁶⁵,

É válido o matrimônio oficiado por ministro de confissão religiosa reconhecida (católico, protestante, muçumano, israelita). Não se admite, todavia, o que se realiza em terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas umbandistas, ou outras formas de credices populares que não tragam a configuração de seita religiosa reconhecida como tal.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 também reconhece o casamento religioso com efeitos civis. Dispõe em seu artigo 1.515 que o casamento religioso, para ter validade, deve atender às exigências da lei, equiparando-se ao casamento civil desde que registrado, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Conforme nos descreve Monteiro apud Venosa¹⁶⁶, a moderna legislação internacional sobre o casamento é muito variada. Em alguns países apenas o casamento civil é válido, podendo os nubentes realizar também o eclesiástico, como exemplos temo-se o Brasil, a Alemanha e a Suíça; já na Inglaterra e nos Estados Unidos a escolha do matrimônio cabe aos nubentes, sendo ambos aceitos e considerados válidos; existem ainda os países em que apenas o casamento religioso é válido, como a Grécia e o Líbano; e, os países em que o casamento válido é o religioso, mas os dissidentes da religião oficial podem realizar o casamento civil, como é o caso da Espanha.

¹⁶³ Op. Cit., p. 72.

¹⁶⁴ Op. Cit., p. 29.

¹⁶⁵ Op. Cit., p. 42.

¹⁶⁶ Op. Cit., p. 30.

O atual Código Civil não define o conceito de casamento. Na lei está expressa apenas a sua finalidade, “a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (artigo 1.511 do C.C.), seus efeitos, “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (artigo 1.565 do C.C.), bem como os deveres dos cônjuges, fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda, educação dos filhos, respeito e considerações mútuos (artigo 1.566 do C.C.).

Aliás, árdua é a tarefa de definir o conceito de casamento. Inúmeras são suas definições e não há uniformidade nas legislações e na doutrina.

Para Fiúza¹⁶⁷, casamento caracteriza-se pela convivência pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, como também se caracteriza a união estável, tendo, por principal diferencial de formação em relação a esta última, a declaração solene da vontade que estabelece o vínculo conjugal, realizada perante autoridade. O casamento consiste, assim, na união afetiva matrimonializada pelo rito formal da celebração. É um negócio jurídico constituído pelo consentimento recíproco de um homem e uma mulher, na forma da lei, estabelecendo a criação de sociedade e vínculo conjugais disciplinados pelo direito positivo, dando origem à família nuclear e aos efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais dela decorrentes.

Azevedo¹⁶⁸, na obra *Estatuto da Família de Fato*, também resume o conteúdo metajurídico do casamento, quando diz que este “nada mais é do que um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade e do direito.”

Não há uma definição que possa satisfazer a todos os regimes jurídicos, mesmo porque a evolução histórica e social do casamento traz novos elementos substanciais que alteram o conteúdo e a estrutura matrimoniais. Mas inegável a beleza e simplicidade do conceito de Pereira¹⁶⁹, que descreve casamento como “uma convenção criada pelo homem para disciplinar o que foi criado pela natureza – a família”.

É preciso lembrar, que existem certos impedimentos para o casamento. O Código Civil considera impedimentos apenas as situações que visam de algum modo, ameaçar a ordem pública, resultantes de circunstâncias ou fatos impossíveis de serem supridos ou sanados. Casamento celebrado na vigência de algum impedimento é nulo. O artigo 1.521 dispõe: Não podem casar:

¹⁶⁷ FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 604.

¹⁶⁸ Op. Cit., p. 23.

¹⁶⁹ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Atualizado por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 105.

- I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Por fim, diante de todo exposto, importante destacar que o casamento civil não se confunde com o casamento religioso. São institutos completamente distintos. O casamento civil é um direito, um regime jurídico aplicável a todos que não se enquadrem nas hipóteses dos taxativos impedimentos matrimoniais. Casamento religioso é um dogma, algo sujeito à fé religiosa. O casamento puramente religioso, sem efeitos civis, é um nada jurídico.

A única ligação entre os dois institutos reside no fato do casamento civil ter se originado do casamento religioso. Entretanto, conforme analisado, no Brasil desde 1890 são duas espécies de matrimônio são completamente distintos. Atualmente não há absolutamente nada que justifique uma ligação entre casamento civil e casamento religioso.

Nosso Estado é Laico, Secular, não profetiza nenhuma religião. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, guiado por uma Constituição assentada na dignidade da pessoa humana. Não se pode confundir direito e religião e, acima de tudo, a religião e seus dogmas não podem se impor ao direito e ao Texto Constitucional. O Estado tem o dever de tutelar e de garantir para todos os seus cidadãos o direito ao casamento civil.

4.2 O Casamento Civil Homoafetivo como Direito Fundamental Implícito

Conforme estudado, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Referido princípio possui valor essencial no sistema jurídico, pois considerado a base de todos os direitos constitucionais.

A dignidade da pessoa humana como princípio norteador do direito possui máxima relevância jurídica. É considerado por muitos doutrinadores um superprincípio. Rocha¹⁷⁰ foi uma das primeiras doutrinadoras brasileiras a destacar a dignidade como um superprincípio constitucional. Realçou que este princípio entranhou-se de tal forma no constitucionalismo contemporâneo que estabeleceu uma nova forma de pensar o sistema jurídico, e com isto a dignidade passou a ser princípio e fim do Direito:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

As interpretações dos demais princípios deverão se realizar de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, orientador nato das relações jurídicas. Isso para que cada ser humano seja respeitado na sua integralidade, tendo sua dignidade protegida e amparada na sua totalidade, assegurando eficácia a cada um. Alves¹⁷¹ considera “viga-mestra do sistema constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”.

Segundo Barroso¹⁷², a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade".

A dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do direito natural, para se converter em um princípio autônomo intimamente conectado à realização e concretização dos direitos fundamentais.

Ensina Flores-Valdés¹⁷³ que do respeito à dignidade da pessoa humana resultam quatro importantes consequências: a) a igualdade de direitos entre todos os indivíduos (art. 5º, inciso I, CF); b) a garantia da independência e autonomia do ser humano, não podendo ser utilizado como instrumento ou objeto; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento

¹⁷⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: **Anais... XVII Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000, p. 72, v. I.

¹⁷¹ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001, p. 97.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

¹⁷³ FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990, p. 149.

de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida (garantia de um patamar existencial mínimo).

Segundo Kant¹⁷⁴, filósofo que mais influenciou o pensamento acerca da dignidade humana, “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade”. E continua, “a autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional”, ou seja, a dignidade do homem está intimamente associada à autonomia de sua vontade.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger o ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade, o respeito recíproco, o direito de realizar escolhas, o direito de viver de acordo com seus ideais.

No escólio do ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida, no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello¹⁷⁵, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF:

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.

¹⁷⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 41.

¹⁷⁵ Op. Cit., Acesso em: 16 mar. 2012.

Importante destacar que apesar do reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, deve ser conferido também ao indivíduo o direito ao casamento civil homoafetivo. Assim como aos heterossexuais, aos homossexuais deve ser garantido o direito à livre escolha em todos os aspectos de sua vida, inclusive no que diz respeito à natureza de sua união.

De grande valia destacar a diferença entre os institutos da união estável e do casamento, apesar de ambos serem entidades familiares constantes do artigo 226 da Constituição Federal.

O casamento é um dos institutos mais solenes do ordenamento jurídico: exige capacidade, livre manifestação de vontade, testemunhas, cumprimento do princípio da oralidade e assinatura dos nubentes. A união estável por sua vez, se constitui como uma relação informal, baseada no afeto.

Mas é com relação aos efeitos onde a diferença mostra-se ainda maior. A união estável não confere estado civil de casado, permanecendo solteiros os companheiros; a mulher casada goza de presunção de paternidade do marido em favor de seus filhos, o mesmo não ocorre quanto aos companheiros; o intuito de constituir família (um dos requisitos configuradores da união estável) é altamente subjetivo, não se podendo verificar se ambos têm essa intenção; no casamento é possível a escolha do regime de bens, na união estável aplicam-se as regras do regime da comunhão parcial de bens.

Outra sensível diferença se mostra no campo da prova da existência da união. Enquanto o casamento se materializa em um assento arquivado no Cartório de Registro Civil, possuindo as partes uma certidão capaz de provar por si só a existência do vínculo, resta àqueles que constituíram união estável, muitas vezes, provar através de audiência de justificação em que o juiz declara por sentença a sua condição de companheiro, após a morte do outro.

Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos direitos humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Assim, considerando que dentre os direitos tutelados pelo macroprincípio da dignidade da pessoa humana está o direito à felicidade, à constituição de uma família, ao amor homoafetivo, podemos concluir que a exclusão do casamento civil para os casais homoafetivos afronta claramente um direito fundamental implícito, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º prescreve que o rol dos direitos fundamentais não são *numerus clausus*, mas sim *numerus apertus*.

Art. 5º [...]

§ 2º. 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.

Nessa linha de raciocínio, direitos fundamentais implícitos são aqueles que não estão explicitamente enunciados na Constituição Federal, mas estão subentendidos nas regras de garantias, possuem força jurídica constitucional. A fundamentalidade traz ao direito uma especial dignidade e proteção.

Bem disciplina a questão Sarlet¹⁷⁶:

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.

Sendo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana princípio basilar da ordem constitucional, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é evidente que por força do artigo 5º, § 2º, da Magna Carta podem ser extraídos direitos fundamentais implícitos oriundos da dignidade da pessoa humana. Restringir direitos a um grupo de pessoas, única e exclusivamente por conta de sua orientação sexual, é negar-lhes a própria dignidade, o que é inadmissível.

Vecchiatti¹⁷⁷ conclui:

Nessa linha de raciocínio, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos o direito à felicidade e a uma vida digna e considerando que, em virtude do arquétipo social existente em torno do casamento civil, as pessoas que querem se casar somente serão felizes se puderem se casar civilmente, então verifica-se que o casamento civil é um direito fundamental implícito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o casamento civil é um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros e, portanto, também dos homossexuais, razão pela

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89.

¹⁷⁷ Op. Cit., p. 357.

qual a sua negativa arbitrária aos casais homoafetivos configura inconstitucionalidade por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (além de afronta ao direito fundamental implícito).

Cada indivíduo tem o direito de escolher como quer viver sua vida. Isso inclui a liberdade de orientação sexual e a garantia de poder usufruir de todos os direitos assegurados na Constituição Federal, dentre eles o casamento civil.

A dignidade da pessoa humana exige e pressupõe o reconhecimento e proteção de todos os direitos fundamentais. Assim, a *contrario sensu*, resultará em negativa da própria dignidade o não reconhecimento à pessoa humana dos direitos fundamentais que lhes são inerentes.

O tratamento discriminatório dos casais homossexuais quanto ao acesso à instituição do casamento não se justifica. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e com base na norma constitucional proibindo a discriminação baseada na orientação sexual, é plenamente possível que cada indivíduo escolha seu parceiro e construa sua identidade da forma que deseja.

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão¹⁷⁸, no voto proferido no recurso especial nº 1.183.378-RS (2010/0036663-8), que reconheceu o direito ao casamento civil a duas cidadãs, destacou:

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

Enfim, nada pode haver no ordenamento jurídico pátrio que viole, negue ou restrinja a dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

¹⁷⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial nº 1.183.378**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado aos 20/10/2011. Disponível em: <www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo>. Acesso em: 18 mar. 2012.

4.3 Da Possibilidade Jurídica Casamento Civil Homoafetivo

Historicamente, no Brasil, o modelo de família adotado pela lei é conservador. A família é uma entidade matrimonial e heterossexual.

Hodiernamente, a rapidez das mudanças nos usos e costumes tornou a realidade bem diferente. Surgiram novas formas de família e o conceito tradicional ficou ultrapassado. O afeto passa a ser considerado fator essencial para o viver quando se trata da união entre duas pessoas.

A Constituição da República de 1988 elenca, claramente, como entidades familiares, o casamento, a união estável e a família monoparental. No entanto, a interpretação constitucional acerca do pluralismo familiar leva a crer que existem outras entidades familiares, além daquelas expressamente indicadas no dispositivo constitucional, até mesmo porque o rol da previsão constitucional não é taxativo.

Assim, o conceito de família é plural e abrange as entidades familiares especificadas no artigo 226 da Constituição da República, bem como todas aquelas que possuam um vínculo afetivo e busquem objetivos de vida comuns. Observa-se, portanto, que quando se menciona a família, igualmente se refere a vínculo afetivo entre os seus membros.

Nesse sentido, nossa Magna Carta tutela a entidade familiar, que tem “especial proteção do Estado” (artigo 226). E continua ao destacar que “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” (artigo 226, § 3º).

Da mesma forma, é certo que o Código Civil vigente, ao definir o conceito de união estável (artigo 1723) cuidou de simplesmente repetir o quanto já havia na Constituição Federal, expressamente constando ser “reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. E, na sequência, que “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (art. 1726 CC).

Em uma interpretação literal, poderíamos entender que o legislador estaria tacitamente excluindo os homossexuais de tal situação, visto que a união estável apenas poderia ser reconhecida entre "o homem e a mulher".

Entretanto, com base em todo o presente trabalho e na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, é certo e absoluto o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva.

Foi justamente o artigo 1723 do Código Civil, que repete o quanto já estava na Constituição Federal em relação ao requisito da união estável quanto ao sexo, que foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 132 e da ADIN n.º 4277).

No referido julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski¹⁷⁹ entendeu como modalidade de família a união homoafetiva estável e estabeleceu que devesse ter os mesmos direitos da união estável heteroafetiva, no que fosse compatível:

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. Convém esclarecer que não se dá, 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 na precisa ter sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor aos 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 refusa máxima *nbi 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 eu 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.

Ainda que implicitamente o Supremo Tribunal Federal acabou por compatibilizar a aparente contradição que haveria entre os artigos 5º e 226, ambos da Constituição Federal, no que se refere a dignidade da pessoa humana e o impedimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁷⁹ Op. Cit., Acesso em: 12 set. 2011.

Segundo Vecchiatti¹⁸⁰:

O Supremo Tribunal Federal conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, §3º, da CF/88 de sorte a compatibilizar o referido dispositivo constitucional com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, reconhecendo que a redação normativa segundo a qual “*Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...*” não traz em si um óbice ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

De sorte dessas premissas, concluímos que a diversidade de sexo não é requisito essencial para o reconhecimento da união estável.

Sendo assim, é certo que julgadores não podem divergir de suas próprias idéias. Na medida em que já reconheceram a possibilidade jurídica da união estável homossexual não faz sentido não reconhecerem a possibilidade do casamento homossexual, pois tanto a redação legal como a constitucional são idênticas ao elencar "homem e mulher".

Ademais, como leciona Grau¹⁸¹,

[...] a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição.

Lopes¹⁸² assevera: “[...] Obviamente, que em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável”.

Significa dizer que quando se interpretar uma norma da Carta Magna deve-se levar em conta as demais regras que a rodeiam. De tal forma, é que o art. 226, §3º da Lei Maior jamais está excluindo as uniões homoafetivas. Dessa forma, também não exclui o casamento civil homoafetivo. Além do mais, não existe nada na Constituição Federal brasileira sobre a necessidade de diversidade de sexo para que seja possível a realização do casamento.

¹⁸⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF e a união estável homoafetiva resposta aos críticos**. Primeiras impressões, Agradecimentos e a Consagração da Homoafetividade no Direito das Famílias. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32025>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 44.

¹⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 128.

Nesse sentido, para Barbeiro¹⁸³ a complementariedade de sexos (homem e mulher) é apenas cultural, posto que “as categorias de homem e mulher ou de feminino e masculino, que poderiam entrar ‘em relação’ não são realmente complementárias.”

Segundo Oliveira¹⁸⁴,

As formas de sexualidade se revelam fundamentalmente aquém das oposições homo/hetero [...] feminino/masculino [...] afinal, [...] em nível inconsciente não temos um ou dois sexos; o que temos são n sexos [até porque, sob,] este ponto de vista, o desejo é sempre extraterritorial, desterritorializado, desterritorializante, ele passa por cima e por baixo de todas as barreiras.

A discussão fica mais interessante quando entramos no campo filosófico. Butler¹⁸⁵ critica a argumentação da oposição binária heterossexual/homossexual, pois é necessário empreender uma mudança epistemológica que, efetivamente, rompa com a lógica binária e com seus efeitos hierárquicos, classificatórios, de dominação e exclusão. Em sua “teoria performática”, afirma que a “performatividade” do gênero é um efeito discursivo, e o sexo é um efeito do gênero. A idéia é de que não existe uma relação de coerência entre sexo anatômico, gênero, desejo e prática sexual.

Butler¹⁸⁶ questiona, portanto, a própria categoria gênero como “interpretação cultural do sexo”. Afirma, ainda, categoricamente que “gênero não está para a cultura assim como o sexo está para a natureza”. Desta forma, a autora focaliza o sexo como resultado “discursivo/cultural”, e questiona a constituição do sexo como “pré-discursivo” e, portanto, anterior à cultura.

Segundo Vale¹⁸⁷, ainda é predominante no senso comum social a crença que, associadas à conformação biológica, existem características admitidas como “típicas” do comportamento de homens ou de mulheres. Certas dessas características, “constatáveis” na maioria dos homens e mulheres, seriam “naturais” de cada sexo (anatomicamente definido). Algumas seriam “de homens”, outras, “de mulheres”. Tal visão (que não é apenas espontânea, mas reiterada pelos discursos ideológicos da família, escola, meios de comunicação etc.) nega

¹⁸³ BARBERO, Graciela Haydée. **Homossexualidade e perversão na psicanálise**: uma resposta aos gays e lesbian studies. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005, p. 43.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Carmen Silveira de. Homossexualidade no divã. In: ANDRADE, Helena Manhães; CZERMAK, Rejane; AMORETTI, Rogério (Orgs.). **Corpo e Psicanálise**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 1998, p. 361.

¹⁸⁵ Op. Cit., p. 21

¹⁸⁶ Ibidem, p. 25.

¹⁸⁷ VALE, Alexandre Fleming Câmara. O riso da paródia: transgressão, feminismo e subjetividade. In: VALE, Alexandre Fleming Câmara; PAIVA, Antonio Cristian Saraiva (Orgs.). **Estilísticas da sexualidade**. Fortaleza: Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFC; Campinas: Pontes Editores, 2006.

que o gênero, a identidade sexual e suas representações são invenções e acréscimos culturais, não devendo nada ao biológico como tal. Variando com as culturas, os “sexos” das crianças são cercados de expectativas familiares e sociais e, desde o nascimento, essas expectativas direcionam os caminhos que constituirão crianças em “homens” e “mulheres”.

Todos nascem com um sexo anatômico, mas o sexo não causa o gênero: o gênero é uma “experiência vivida”, o gênero é “adquirido”. Com efeito, não se nasce nada, torna-se; homens ou mulheres são construções culturais, sociais e históricas.

Em consequência, não seria possível a discussão sem que seja necessária a constituição de uma identidade fixa, de um sujeito a ser representado?

Se considerarmos que o sexo não é natural, mas também discursivo e cultural como o gênero, a discussão se torna muito mais simples. A Constituição Federal, assim como o Código Civil, tutelariam simplesmente a união estável, o casamento, sem necessidade de distinções em relação ao sexo. Devemos ter em mente que nos referimos a pessoas, indivíduos, cidadãos dignos que desejam simplesmente usufruir de direitos e garantias constitucionais.

Portanto, para Butler, os diversos movimentos em prol das identidades sexuais, dos direitos sexuais, em sua opinião, têm como tarefa lutar contra normas e convenções que restrinjam as condições da própria vida, como respirar, desejar, amar e viver. É preciso uma transformação da sociedade em relação à aceitação das pessoas, independente de seu gênero.

Conforme salienta Silva Junior¹⁸⁸,

É ponto assentado, na melhor doutrina, que as variantes da orientação afetivo-sexual (as direções que os desejos tomam) constituem direitos fundamentais, encontrando-se tuteladas, implícita ou literalmente, em relevantes diplomas jurídico-positivos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e na maioria das constituições democráticas, a exemplo da Lei Magna brasileira de 1988 [...]. Não respeitar as diferenças existentes na sociedade e em nós mesmos reforça os preconceitos herdados, criados e construídos, discriminando os que não são ou não parecem iguais. A defesa dos direitos humanos não tem barreiras geográficas, sexuais ou raciais. O único limite é o ético.

Expõe com muita propriedade a doutrinadora Dias¹⁸⁹ que “não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O que obstaculiza a realização do casamento é somente o preconceito”.

¹⁸⁸ Op Cit., p. 111.

¹⁸⁹ Op Cit., p. 144.

Para continuar a discussão é preciso refletir um pouco sobre a norma do art. 226 e seus parágrafos, da CF, frente aos princípios fundamentais que constam na Carta Magna.

Ao falar sobre regras e princípios, Spengler¹⁹⁰ ensina que “as normas de direitos fundamentais se distinguem em normas do tipo princípios e normas do tipo regras”. Isso quer dizer que os princípios se diferenciam das regras de forma qualitativa. Assim, Spengler entende que um princípio é mais importante que uma regra e que, se tal regra vai de encontro a um princípio, este deve prevalecer. Ou seja, um princípio é superior a outra regra qualquer da Constituição.

Nesse sentido, Ataliba apud Espíndola¹⁹¹ afirma que

[...] mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema [...].”

Ressalte-se, no escólio de Leal¹⁹² que os princípios desempenham a importante função de conferir unidade normativa a todo o sistema jurídico, eis que se impõem como diretivas tanto para a interpretação de toda e qualquer norma legal quanto para a ação de todos os entes estatais, e por isso, a sua ação é de cunho positivo. Além disso, possuem uma função negativa, pois servem de limite ao não permitir que se criem limitações excessivas a determinados direitos fundamentais, nem como ao impedir que se criem normas contrárias ao conteúdo neles previsto.

Diante dessas palavras, podemos concluir que se há uma norma, como, por exemplo, o artigo 226, §1º da CF ou o art. 1.514 do Código Civil (“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados) ou mesmo o art. 226, §3º da CF, que aparentemente “vedam” as uniões homoafetivas e de outro lado há princípios como, por exemplo, a Igualdade, a Dignidade da Pessoa Humana, que mandam incluir os homossexuais no âmbito do casamento e da união estável, então deve prevalecer o princípio constitucional e não a norma.

¹⁹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 52.

¹⁹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 165.

¹⁹² LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003, p. 88.

Isso significa que os princípios são superiores às regras e, portanto, quando se está diante de uma norma como a do art. 1514 do Código Civil, mesmo que ele mencione que para haver o casamento são necessários “o homem e a mulher”, tal regra deve ser afastada quando se invoca um princípio. Portanto, este é mais um fundamento para que o casamento entre homossexuais deva ser realizado no Brasil.

No mais, conforme afirma Dias¹⁹³, nenhum dos três dispositivos do Código Civil que fazem referência a homem e mulher (artigos 1.514, 1.517 e 1.565¹⁹⁴) condicionam o casamento à heterossexualidade do par.

Nenhum desses dispositivos diz que o casamento é exclusivamente entre um homem e uma mulher; só afirmam que, para casar, tanto homens como mulheres precisam ter 16 anos; que o casamento se realiza com a manifestação de vontade do homem e da mulher; e que tanto um quanto o outro, ao se consorciarem, são responsáveis pelos encargos da família. Aliás, cabe o questionamento de Nuno de Salter Cid: Homem e mulher; **o** homem e **a** mulher; é o direito a casar reconhecimento **ao** homem e **à** mulher? Somente ao homem **com** a mulher e a esta **com** aquele, ou a qualquer deles com homem ou mulher? Quem são, afinal, **todos** ao que **têm o direito de contrair casamento** em condições de plena igualdade? E o que é casamento?

Importante lembrar, ainda, que não há qualquer referência ao sexo dos noivos entre os impedimentos para o casamento (artigo 1.521 do CC). E é justamente em decorrência da ausência desta cláusula impeditiva para o casamento que surgiu a teoria do casamento inexistente. A teoria da inexistência foi elaborada por Zaccharias, escritor alemão do século XIX, e encontrou adeptos na doutrina italiana e francesa. É considerado inexistente o casamento no qual o consentimento não existe, na ausência de autoridade celebrante, ou quando há identidade de sexos.

Entretanto, mesmo os defensores da teoria da inexistência confirmam que não se encontra, no ordenamento brasileiro, texto legal que consagre esse juízo. Seguindo esta linha de raciocínio, assevera Azevedo¹⁹⁵:

¹⁹³ Op. Cit., p. 135.

¹⁹⁴ CC, Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados; Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil; Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

¹⁹⁵ Op. Cit., p. 465.

Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união registrar-se no Cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realize entre homem e mulher, de acordo com as suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

Ora, não existe fundamento normativo em nossa legislação que legitime referida teoria. Trata-se de uma construção doutrinária sem respaldo legal.

Conforme salienta Dias, “para sustentar a existência de casamento inexistente, o exemplo sempre invocado é o casamento homoafetivo”. E continua:

Se esse exemplo até a algum tempo poderia servir, hoje se tornou praticamente imprestável para esse fim. A diversidade de sexo do par não é mais em elemento essencial para o casamento. Tanto que alguns países, como Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega e dois estados americanos (Massachusetts e Connecticut) autorizam o casamento de duas pessoas, sem preocupação com o sexo ou a orientação sexual dos noivos.

Isso tudo sem considerar que fazer uma interpretação proibitiva do casamento civil homoafetivo é claramente discriminatório. Considerando o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, qualquer lei que pretenda instituir um tratamento jurídico diferenciado a determinada classe de indivíduos deve ter uma fundamentação lógico-jurídica que fundamente o critério distintivo. E isso evidentemente não existe.

Enquanto não houver previsão legislativa a respeito do casamento civil homoafetivo, este sempre estará a mercê de teorias que justificam sua inexistência ou impossibilidade jurídica. O que é inquestionável é a existência real da união entre duas pessoas do mesmo sexo, que dividem suas vidas, compartilham amor e respeito, afeto e companheirismo, enfim, formam uma família.

Diante da ausência normativa no que diz respeito às relações homoafetivas, cabe ao judiciário suprir essa lacuna utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

No entendimento clássico do jurista Miranda¹⁹⁶,

O legislador apenas traça as linhas gerais do quadro jurídico: deixa à doutrina, que capitaliza as conquistas da ciência, e à jurisprudência, que estende a lei às hipóteses concretas, às mil feições práticas do ambiente, a lenta e edificante função social de encher os claros, avivar roteiros, e (sem

¹⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 10. v. I.

discrepar do sistema) colorir e acabar a paisagem iniciada. [...] Para conhecer o Direito, só se tem procurado um caminho: senti-lo, acreditar em certa expansibilidade da regra jurídica, isto é, no poder de se estender por todo o espaço da vida social, como o ar se expande no espaço físico. A fim de se alcançar tal plenitude jurídica, tem o jurista de suprir as lacunas da lei escrita com o direito justo, decorrente de fontes legítimas.

Perelman¹⁹⁷ complementa:

O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito.

Nesse contexto, é dever do juiz decidir o direito diante da questão apresentada, mesmo existindo uma lacuna legislativa. Se não existe legislação aplicável, utilizará dos métodos de interpretação para chegar à solução almejada. Adaptará o direito diante da nova exigência social.

Ademais, lembra Vecchiatti¹⁹⁸, que não existem “proibições implícitas” em Direito diante do artigo 5º, II, da CF, segundo o qual:

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, pois se as pessoas só estão proibidas de fazer algo em virtude de lei (leia-se texto normativo), isso significa que somente é proibido juridicamente algo que seja expressamente vedado em lei. Nesse sentido, caso a lei se limite a regulamentar um fato e deixar outro sem regulamentação e sem proibição, isso significa a existência de uma lacuna na lei, não de uma proibição implícita.

Dessa forma, o ativismo judicial surge como solução para os casais homoafetivos que almejam a conquista de seus direitos. É uma verdadeira necessidade institucional, pois a ausência de lei não redundava em ausência de direito.

¹⁹⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 203.

¹⁹⁸ Op Cit., p. 258.

O juiz deve respeitar os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁹⁹, assim como o artigo 126 do Código de Processo Civil²⁰⁰, o que deve ser feito porque o casamento civil visa regulamentar a família conjugal, que se forma pelo amor familiar, ou seja, pelo “amor romântico”²⁰¹ que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura. Nas palavras de Henrique Nelson Calabra, “a Justiça não pode seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito”.

O importante é que independente da existência de leis infraconstitucionais que expressamente estabeleçam direitos aos casais homoafetivos, nossa Magna Carta e os princípios por ela albergados garantem que esses direitos sejam reconhecidos e respeitados.

Outro aspecto interessante a ser ressaltado é a conversão da união estável em casamento. O artigo 226, § 3º da Constituição Federal dispõe que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Na legislação infraconstitucional, o Código Civil expõe, em seu art. 1.726 que "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil".

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedentes as duas ações constitucionais (ADPF n.º 132 e da ADIN n.º 4277), deu ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro interpretação conforme a Constituição para refutar qualquer entendimento que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Assim, para todos os fins de direito, conforme já explanado, as uniões homoafetivas, que são estáveis, foram equiparadas às uniões heteroafetivas, não existindo distinção entre as mesmas. E a Constituição Federal, assim como o Código Civil, determina que seja facilitada a sua conversão em casamento.

Partindo da premissa que a união homoafetiva é uma família constitucionalmente reconhecida, e o casamento civil e a união estável regimes jurídicos destinados a proteger a família, logo a ela deve ser garantido tanto o direito a união estável como o direito ao casamento civil. Não faz sentido jurídico nenhum dizer que a união homoafetiva é família e

¹⁹⁹ LICC, art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁰⁰ CPC, art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

²⁰¹ Op Cit., p. 103.

constitui uma união estável constitucionalmente protegida, mas não poderia ser consagrada pelo casamento civil.

Conforme enfatiza Chaves²⁰², “é de clareza meridiana o entendimento de que a união estável – seja hetero ou homoafetiva – poderá ser convertida em casamento observado o disposto no art. 1.726 do CC”.

Ademais, em várias cidades brasileiras o judiciário já autorizou a conversão de união estável em casamento, sendo estas registradas no respectivo Cartório de Registro Civil, exatamente como acontece com as uniões entre casais heterossexuais. A primeira decisão²⁰³ autorizando a conversão foi dada no dia 27 de junho de 2011, em Jacareí, Estado de São Paulo, pelo juiz Corregedor da 2ª Vara da Família e Sucessões, Dr. Fernando Henrique Pinto, que enfatizou:

Tal julgamento (STF, ADPF n.º 132 e da ADIN n.º 4277), nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, possui "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. No caso concreto, aplica-se a conhecida fórmula jurídica romana, segundo a qual "onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito" ("ubi eadem ratio, ibi eadem jus"). Desta forma, os fundamentos de tal julgamento, ainda que sem o dito efeito vinculante, certamente são aplicáveis ao instituto de direito civil denominado casamento, inclusive ao mencionado art. 226, § 5º, da Constituição Federal - o que apenas não foi declarado no mencionado precedente histórico do STF, provavelmente porque não era objeto dos pedidos das ações em análise.

Em consequência dessa decisão, em várias outras cidades casais homoafetivos também conseguiram ter seu direito reconhecido, conseguiram realizar a conversão da união estável em matrimônio. É possível citar, só no Estado de São Paulo: Votuporanga, Bragança Paulista, Cajamar, Jardinópolis, Itapetininga, Hortolândia, Franco da Rocha, Porto Feliz, dentre outras.

O problema ocorre que na ausência de norma que regule tal conversão em casamento, os casais homossexuais ficam a mercê da decisão dos juízes de sua cidade, que muitas vezes não têm preparo para lidar com questões afetas à sexualidade. Infelizmente, nem todos os julgadores consideram que consagrar a união estável homoafetiva significa possibilitar sua conversão em casamento. O que acabada por traduzir em uma terrível

²⁰² CHAVES, Mariana. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - um panorama luso-brasileiro. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2011, no prelo.

²⁰³ **Íntegra da Decisão que autorizou o primeiro casamento homossexual no Brasil**. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=13936>. Acesso em: 03 ago. 2011.

injustiça, pois em algumas comarcas realiza-se o casamento e em outras não. Ou seja, os cidadãos homossexuais são dignos de tutela de seus direitos de acordo com a ideologia do judiciário reinante no momento. Verdadeiro absurdo constitucional.

Conforme enfatiza Silva Júnior²⁰⁴,

Perceptível ainda se mostra a resistência do Poder Judiciário brasileiro (e dos sistemas a ele vinculados, como o da Segurança Pública, por exemplo) em lidar com situações que envolvem cidadãs e cidadãos, de algum modo, não enquadrados na lógica heteronormativa binária de sexualidade e de gênero a partir da qual ele vem operando.

Por fim, necessário destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8), que reconheceu a possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Quatro dos cinco ministros da quarta turma do Tribunal decidiram autorizar o casamento de um casal de gaúchas que vivem juntas há cinco anos e desejam o matrimônio civil.

O STJ deu provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento.

De acordo com o Ministro Relator Luis Felipe Salomão²⁰⁵,

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas. O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento. [...] O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

O STJ deu mais um passo histórico para a consagração dos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana perante os direitos homoafetivos. Apesar de não

²⁰⁴ Op. Cit., p. 111.

²⁰⁵ Op. Cit., Acesso em: 19 mar. 2012.

ter caráter vinculante como a decisão do STF, cria jurisprudência a favor de todos os casais homossexuais.

Conforme enfatizou o Ministro Marco Buzzi,²⁰⁶ a união homoafetiva é reconhecida como família. Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. Segundo ele, tolerância e preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano.

Nesse diapasão, ressalta Vecchiatti²⁰⁷,

A “condição de existência” do casamento civil e da união estável é a família conjugal, formada pelo amor familiar, não a diversidade de sexos, donde juridicamente possível o pedido de casamento civil homoafetivo pela ausência de proibição normativa ao mesmo e procedente ele no mérito, ante a união homoafetivo formar uma família conjugal, que é o elemento valorativamente protegido e, portanto, o suporte fático dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável, ante a ausência de motivação válida ante a isonomia que justifique a discriminação da família conjugal homoafetiva relativamente à família conjugal heteroafetiva.

Reconhecer o casamento civil homoafetivo constitui um passo necessário para a realização da justiça social, um dos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira. A igualdade formal e a igualdade material entre casais homossexuais e heterossexuais têm importância fundamental para o livre exercício da orientação sexual, liberdade intrinsecamente associada com a dignidade da pessoa humana.

Com fundamento no amor e no afeto, a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mutua assistência.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Op. Cit, p. 57.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo trabalho demonstrou-se o dogmatismo redundante em negar a possibilidade do casamento civil homoafetivo. Sem base constitucional e social, a manutenção deste entendimento jurídico viola amplamente os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

No primeiro capítulo, uma análise a respeito do conceito, terminologia e aspectos históricos da homossexualidade, seguidos de um estudo a respeito do direito e da sociedade. A partir do novo conceito de família, em que se reconheceu que o amor entre as pessoas é o elemento diferenciador na formação da família, pessoas do mesmo sexo, que convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum, desejam o reconhecimento de sua união e dos direitos que dela decorrem, incluindo o casamento civil.

Nesse contexto, a aplicação dos princípios constitucionais, principalmente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o Ativismo Judicial, fortalece os argumentos favoráveis à consolidação da família homoafetiva. As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta no que diz respeito à inclinação sexual. Sendo assim, não há fator válido de discriminação que leve ao não reconhecimento do direito pleno à orientação sexual e por consequência do casamento civil homoafetivo.

No terceiro capítulo, foi realizado um estudo tendo como base a teoria da desconstrução do gênero, da filósofa americana Judith Butler. De acordo com Butler, todos nascem com um sexo anatômico, mas o sexo não causa o gênero, pois este é uma experiência vivida, decorre de construções culturais, sociais e históricas.

No quarto capítulo, sedimentou-se o entendimento que o casamento civil homoafetivo é um direito fundamental implícito. A união homoafetiva estável foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal com base em uma interpretação dos princípios constitucionais. Logo, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito. Casamento civil não se confunde com casamento religioso. O casamento civil homoafetivo já se encontra garantido no atual sistema jurídico brasileiro.

Assim, reconhecer a possibilidade do casamento civil homoafetivo não diz respeito apenas a reconhecer os direitos dos indivíduos em particular, que com ele terão seus direitos garantidos, significa reconhecer o próprio direito a casais homossexuais de serem tratados

com igual consideração pelo ordenamento jurídico. Significa também assegurar aos casais homossexuais o próprio direito de serem tratados pelo ordenamento jurídico com igual consideração que os demais cidadãos.

Nesse diapasão, o acesso ao casamento por pessoas do mesmo sexo permite a esses cidadãos o exercício de seus direitos individuais e ao mesmo tempo o respeito público como sujeitos iguais no forma de proteção jurídica de seu afeto. Garante o exercício de sua autonomia pública e privada, de sua liberdade e igualdade, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável homoafetiva como digna de tutela, como família constitucionalmente protegida, é um grande avanço, porém, não suficiente. A discussão sobre igualdade, liberdade e dignidade não se restringe ao tratamento igualitário atinente às conseqüências jurídicas do casamento, mas à própria concretização do direito de se casar.

Diferentemente da união estável, é somente com o casamento que os cônjuges alteram seu o estado civil para o de casados, a prova de sua consituição é feita apenas com a certidão de casamento, e existe presunção de paternidade em relação aos filhos havidos na constância do casamento. Passam a ter os deveres de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos.

No que se refere aos direitos sucessórios, apenas o cônjuge é considerado herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes e ascendentes. Na ausência destes, herda sozinho. O companheiro, diferentemente, concorre com todas as classes, inclusive os colaterais em 4º grau.

Se reconhecido que as relações homossexuais são dotadas de afeto, publicidade e estabilidade, porque o casamento civil deve ser um direito garantido apenas aos casais heterossexuais? Casamento é o vínculo que maior segurança jurídica confere à família e o Estado tem o dever de assegurá-lo a todos os cidadãos, indistintamente. Não pode se eximir da aplicação dos princípios sobre os quais se fundamenta a Constituição. Se a partir dos princípios constitucionais os homossexuais têm garantido a proteção de sua afetividade, não existe fundamento para excluí-los da garantia do matrimônio.

Considerar simplesmente que não podem se casar não é apenas inconstitucional, é uma grave violação aos direitos humanos, direito supraconstitucional. Além do mais, viola também a idéia de integridade do direito²⁰⁸, na medida em que retorna a entendimentos

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

pretéritos, como a teoria do casamento inexistente, para fundamentar situações jurídicas presentes, portanto sem considerar a atual realidade social.

Importante frisar que o casamento homoafetivo já se encontra garantido no atual sistema jurídico brasileiro, com fundamento nos princípios reiteradamente elencados ao longo deste trabalho, ou seja, princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, frente à repersonalização do direito de família. Negar este entendimento é negar a existência de preceitos constitucionais fundamentais.

Entretanto, não podemos deixar de considerar que a consolidação das interpretações constitucionais elencadas e a regulamentação legislativa facilitariam muito a vida dos casais homoafetivos. O que é inaceitável é a justificativa da falta de embasamento jurídico para garantia e satisfação dos direitos homossexuais.

A questão da necessidade de diversidade de sexo para a realização do casamento não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, diante de todo o exposto no presente trabalho.

Restou clara a possibilidade jurídica do casamento civil, principalmente face ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, podemos concluir que não existem argumentos para manutenção do monopólio do casamento heterossexual. No atual paradigma de Estado Democrático de Direito a releitura dos princípios constitucionais, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial para a consolidação do direito ao casamento civil homoafetivo.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Instituições políticas**. São Paulo: Atlas, 1982.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano 53, n. 331.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARBERO, Graciela Haydée. **Homossexualidade e perversão na psicanálise: uma resposta aos gays e lesbian studies**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo como o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. Princípio da dignidade da pessoa humana: instrumento da não-discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADPF n.º 132 e ADIN n.º 4277**. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial n.º 1.183.378**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 20 out. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo>. Acesso em: 18 mar. 2012.

BRITZMAN, Deborah P. O que é esta coisa chamada amor? **Identidade homossexual, educação e currículo**. n. 21. Porto Alegre: Educação & Realidade, 1996.

BUTLER, Judith. **Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo**. Cadernos Pagu, 1998, v. 11.

_____. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Do casamento**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CECCARELLI, Paulo Roberto. **Homossexualidade e preconceito**. Disponível em: <<http://www.ceccarelli.psc.br>>. Acesso em: 04 nov. 2010.

CHAVES, Mariana. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - um panorama luso-brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. **Uniões homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva Civil - Constitucional**. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987.

COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Brás. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr**, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v.2, n.8, p.62-69 jan./mar. 2001.

_____. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Um novo direito: direito homoafetivo**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homossexual:** aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

_____. **União homossexual:** o preconceito & a justiça. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 5.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia.** 4. ed. Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Oxford: Princeton University Press, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. In: OLMO, Florisbal de Souza Del’; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim; MATTOS, Adherbal Meira (Coord.). [et al.]. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito civil:** curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional.** Madrid:

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro:** enfoque a partir do Garantismo Jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I:** a vontade de saber. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal. 1988.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ÍNTegra da decisão que autorizou o primeiro casamento homossexual no Brasil. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=13936>. Acesso em: 03 ago. 2011.

JENCZAK, Dionísio; ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

JUNIO, Enezio de Deus da Silva. **Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso aos 02 mar. 2012.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O concubinato frente à nova Constituição. Hesitações e Incertezas**. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de direito de família:** origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas:** jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação.** Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. **Estudos Feministas.** v. 9, n. 2, Florianópolis: IFCH, 2001.

MACHADO, José Jefferson Cunha. **Curso de direito de família.** Sergipe: UNIT, 2000.

MATTAR, Laura Davis. Desafios e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. (org). **Direitos humanos:** fundamento e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família.** São Paulo: Max Limonad, 1947, v. I.

MISKOLCI, Richard. **A teoria queer e a sociologia:** o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, n.21, Porto Alegre, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva:** a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2012.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual:** proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Revista Estudos Feministas**, v.8, n.2, Florianópolis, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Carmen Silveira de. Homossexualidade no divã. In: ANDRADE, Helena Manhães; CZERMAK, Rejane; AMORETTI, Rogério (Orgs.). **Corpo e Psicanálise**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Reges Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. *Revista Scielo*, v. 24, n.1, São Paulo, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Atualizado por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

PRADO, Marco Aurélio; MACHADO, Frederico Viana. **Preconceito contra homossexuais: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: <<http://www.yogykartaprinciples.org>>. Acesso em: 15 out. 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, n. 6, dez. 1998.

_____. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: **Anais... XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

RUSSO, José. As sociedades afetivas e sua evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, em dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCOTT, Joan Wallch. **A cidadã paradoxal**. As feministas francesas e os direitos do homem. Florianópolis: Mulheres, 2002.

SILVA JUNIOR, Enésio de Deus. **Família homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br>>. Acesso em 17 fev. 12.

_____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo: diversidade sexual e suas nomenclaturas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

SOUSA FILHO, Alípio. A resposta gay. In: Francisco de Oliveira Barros Júnior e Solimar Oliveira Lima. (Org.). **Homossexualidades sem fronteiras: olhares**. Rio de Janeiro: BookLink, 2007.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade, uma história**. Rio de Janeiro: Record, 1996.

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

STOLLER, Robert J. Sex and gender. New York: Science House, 1968. La mujer es puro cuento: la cultura del género. **Revista Estudos Feministas**, v.12, n.2, 2004.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 54.

VALE, Alexandre Fleming Câmara. O riso da paródia: transgressão, feminismo e subjetividade. In: VALE, Alexandre Fleming Câmara; PAIVA, Antonio Cristian Saraiva (Orgs.). **Estilísticas da sexualidade. Fortaleza**. Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFC; Campinas: Pontes Editores, 2006.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **O STF e a união estável homoafetiva resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no direito das famílias**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32025>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheriso, 2006.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 271, p. 45-50, 1980.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**: curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade** - Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UnB, 2004. v. 2.