



# PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

---

**LEI DO DESEJO:  
O Casamento Homoafetivo no Brasil**

**por**

**MARCOS LEANDRO MENEZES DA SILVA**

**ORIENTADORA: INÊS ALEGRIA ROCUMBACK**

**2009.1**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **LEI DO DESEJO: O Casamento Homoafetivo no Brasil**

**por**

**MARCOS LEANDRO MENEZES DA SILVA**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Inês Alegria Rocumback

**2009.1**

*Liberdade é pouco. O que eu desejo ainda não tem nome. (Clarice Lispector)*

Dedico este trabalho as *bichas, viados, efeminados, maricas, baitolas, sapatões, caminhoneiras, mulheres-machos* e a toda pessoa rotulada por nomes assim, tão ao gosto do machismo brasileiro, que com a sua diferença contribuem para a formação de um mundo mais belo, mais humano e melhor de se viver.

Ofereço, *in memoriam*, às minhas queridas avó materna, Maria José, por todo seu imenso amor bruto e bisavó paterna, Maria Simoura, por me legar a expressão *prafrentex*, meu ideal de vida.

## AGRADECIMENTOS

A tanta gente tenho que agradecer por quase tudo nessa vida. Assim, não seria diferente nesse momento.

Entretanto, pela brevidade exigida nesse espaço e certamente porque me faltaria lembrar todas as pessoas para listar cada uma que contribuiu para a conclusão dessa etapa, seria injusto eleger alguns poucos nomes. Por isso opto em agradecer a todos aqueles que de alguma forma têm partilhado generosamente comigo um pouco de tempo. Muito obrigado!

Às três queridas mulheres da minha vida: minha mãe Adalgisa, minhas irmãs Aline e Tamires, vocês são minha memória, obrigado por cada lembrança e pela companhia na *virgindade dos dias que virão!*

A Vitor, por me dar raízes, eu que tenho a tendência a flutuar para além da realidade.

E aos meus amigos por me ensinarem a sorrir.

Sinto-me feliz por terminar e poder começar coisas novas. Mais uma vez agradeço.

## RESUMO

SILVA, Marcos Leandro Menezes da. **LEI DO DESEJO: O casamento homoafetivo no Brasil**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009 103p. (Monografia – Departamento de Direito)

O questionamento sobre a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo no Brasil é o cerne deste trabalho.

O primeiro capítulo divide-se em: 1. Algumas leituras sobre homossexualidade: 1.1 Contornos iniciais: breve delimitação dos conceitos de sexo, identidade de gênero, orientação sexual e afetiva, identidade sexual; 1.2 O que é heterossexualidade? – considerações sobre a orientação sexual e afetiva heterossexual e homossexual, esta última aqui considerada como uma situação de fato; 1.3 Proteção constitucional da homossexualidade: através dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade; 1.4 Homossexualidade e Estado laico; 1.5 Homossexualidade e religião católica.

O segundo capítulo: 2. Nem lobisomem, nem jacaré. Homem com homem e mulher com mulher – parte central deste trabalho divide-se em: 2.1 Teoria clássica: família e casamento inexistente; 2.2 Novas estruturas de famílias; 2.3 Casamento civil homoafetivo; 2.4 Considerações sobre a união estável homoafetiva.

O terceiro capítulo divide-se em: 3. Considerações finais: 3.1 O direito como um sistema de normas superáveis; 3.2 Considerações sobre a experiência brasileira: legislação e jurisprudência; 3.3 Conclusões: o direito combatendo preconceitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Homossexualidade; Homoafetividade; Família; Casamento.

## PREFÁCIO

*Alguém escolhe seu próprio desejo? Talvez periféricamente, mas não até o ponto de determinar se sentirá atração definitiva pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo (TREVISAN, 2004:34).*

Caetano Veloso numa entrevista a um programa de televisão para adolescentes, disse que o desejo homossexual é *desejo puro*. Porque esse desejo, embora não sendo socialmente normativo, tem a audácia de existir e muitas vezes exibir satisfação. Vale destacar TREVISAN (2004:34):

*No caso do desejo, investigar origens parece-me supérfluo, quando se busca apenas uma categorização, seria preferível falar em “inefabilidade”. Oriente-se o desejo para que lado for, haverá sempre um mistério em sua raiz. E diante do mistério é possível qualquer outra postura além da aceitação? Do mesmo modo, a homossexualidade pressupõe a aceitação do mistério das suas razões como um componente a mais da realidade. Aceitar seu “mistério” faz parte do encontro inevitável com o princípio da realidade.*

Mas a ciência segue avidamente na busca de respostas, para a psicanálise o sexual é o eixo central da vida psíquica. No entanto, a sexualidade não pode ser respondida por uma única disciplina, é consequência da multiplicidade de olhares que atravessaram épocas e civilizações. O desejo é uma forma de afeto.

*Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo. (GROENINGA, 2004:260)*

*La Lei del Deseo* é um filme de 1987 dirigido pelo cineasta espanhol Pedro Almodóvar. O famoso diretor explora nesse filme o limite entre o amor e a obsessão num universo de sexualidade e morte. Geralmente são trágicos os filmes que retratam o afeto homossexual, assim como mais trágica do que a ficção parece ser a realidade de muitos homossexuais brasileiros quando recorrem ao Judiciário para garantir direitos.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	v
PREFÁCIO .....	vi
INTRODUÇÃO .....	10

### Primeiro Capítulo

1. ALGUMAS LEITURAS SOBRE HOMOSSEXUALIDADE .....	17
1.1 Contornos iniciais .....	17
1.2 O que é heterossexualidade? .....	21
1.3 Da proteção constitucional da homossexualidade .....	25
1.4 Homossexualidade e Estado Laico .....	32
1.5 Homossexualidade e religião católica .....	37

### Segundo Capítulo:

2. NEM LOBISOMEM, NEM JACARÉ. HOMEM COM HOMEM E MULHER COM MULHER .....	46
2.1 Teoria clássica: família e casamento inexistente .....	47
2.2 Novas estruturas de família .....	60
2.3 Casamento civil homoafetivo.....	65
2.4 Considerações sobre a união estável homoafetiva.....	78

### Terceiro Capítulo:

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
3.1 O direito como um sistema de normas superáveis.....	80
3.2 Considerações sobre a experiência brasileira: legislação e Jurisprudência.....	82
3.3 Conclusões: o direito combatendo preconceitos.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

## LISTA DE REDUÇÕES

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
CC	Código Civil
CDF	Congregação para a Doutrina da fé
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FELGT	Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bissexuales
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## ANEXO DE FIGURAS

Figura 1 – Casamento civil: um direito de todos.

Figura 2 – Adão Iturrusgarai. Cartum *Rocky e Hudson*. Folha de São Paulo, São Paulo. [2007?]

## INTRODUÇÃO

*É quase um milagre que os modernos métodos de instrução ainda não tenham estrangulado completamente a sagrada curiosidade da investigação, porque o que essa delicada plantinha mais precisa, além de um estímulo inicial, é de liberdade.*

Albert Einstein<sup>1</sup>.

Este trabalho surgiu do estranhamento diante do fato de casais homossexuais<sup>2</sup> não poderem casar civilmente no Brasil. As respostas dos professores em sala de aula não pareciam satisfatórias. E revelavam mesmo despreparo para tratar de um assunto, a homossexualidade, que não sendo nenhuma novidade, continua a causar mal-estar, como se a simples menção ao tema pudesse comprometer uma identidade heterossexual presumida.

Isso se torna mais evidente quando numa classe de Estágio Supervisionado II a professora da disciplina inicia a aula de sábado com uma queixa pelo fato da cidade do Rio de Janeiro ter superado a cidade de São Francisco (Califórnia/EUA) em números de homossexuais por metro quadrado, segundo notícias de uma revista de circulação semanal. E conclui desesperada que *daqui a pouco não haverá mais homens na cidade*. Somada à irrelevância desse tipo de informação, para dizer o mínimo, salta cristalino o preconceito contra a homossexualidade.

Oriundo de pré-vestibular comunitário para negros e carentes, certa vez me perguntei onde estavam os negros da PUC-Rio, porque não dá para esconder pelas teorias da democracia racial brasileira que esta é uma universidade branca. Mas isso é outra discussão. Ainda assim, não seria de bom tom, para ficar no campo das cores, que essa mesma professora dissesse, por exemplo, que a política de bolsas de ação social da PUC-Rio encheu a universidade de pretos, ou pelo menos o curso de Serviço Social. *Se não é de bom tom, no Brasil, emitir*

---

<sup>1</sup> EINSTEIN *apud* VEIGA (2000:7).

<sup>2</sup> Para a finalidade deste trabalho na categoria homossexual estarão compreendidos os gays e as lésbicas.

*pronunciamentos racistas as pessoas não têm papas na língua quanto a questão da homossexualidade; ainda não se tornou politicamente incorreto falar mal das bichas (FRY & MACRAE, 1983:10).*

*Já dizia o poeta italiano Pier Paolo Pasolini que o tabu da homossexualidade é um dos mais sólidos ferrolhos morais das sociedades pós-industriais, com base em novos e velhos argumentos. Além de ser inútil para a reprodução da espécie, a prática homossexual solaparia a família (em cujo seio se geram os novos consumidores) e seus padrões ideológicos (cuja ordem é consumir). Se hoje pareça impensável o extermínio maciço de homossexuais, como ocorreu no passado em nome de certa pureza de costumes, o que temos em lugar do triângulo rosa nazista é uma generalizada desqualificação moral, de modo que “o homossexual continua vivendo num universo concentracionário, sob o rígido controle da moral dominante”, nas palavras de Pasolini. (TREVISAN, 2004:19)*

Também a *rasteira epistemologia light de uma manualística vazia que faz um zapping conceitual no decorar de definições e vocabulários (FACHIN, 2000)*, apresentada pela maior parte da doutrina e pelo Judiciário brasileiro não era satisfatória.

Essa enorme distância entre a ficção do direito e a realidade cotidiana de muitos homossexuais brasileiros é bastante intrigante. Se de fato expressivo número de homossexuais vivem como se casados fossem, por que não podem casar civilmente? Caracterizando uma situação de *não direito*, que nas lições de RAMOS (2000:14) *é a ausência de regulamentação jurídica em um certo número de relações humanas, nas quais o direito teria vocação teórica para estar presente. Não se confunde com o ilícito ou com o direito injusto, que estão contidos no sistema jurídico.*

Ainda é pouco, ou quase nada, estudado nesta universidade a questão do *direito homoafetivo*<sup>3</sup>. Na disciplina de *direito de famílias*<sup>4</sup> essa não chega a ser uma preocupação verdadeira, tão ocupada quase exclusivamente com questões

<sup>3</sup> Para DIAS (2004;2006) o direito homoafetivo constituiria didaticamente um ramo autônomo do direito.

<sup>4</sup> Segundo VECCHIATTI (2008) atualmente essa é a melhor denominação, escrita no plural, ao invés de direito de família, por inexistir um único modelo familiar correto.

patrimoniais em detrimento da proteção da pessoa. Tampouco há uma disciplina eletiva que aborde o tema.

Este trabalho foi escrito para apresentação e defesa como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Trata-se, portanto, de uma obra acadêmica em sentido estrito, isto é, a que tem por objetivo, escolhido o tema a ser enfrentado – no caso, o casamento civil homoafetivo no Brasil –, *buscar alternativas lógicas, axiológicas e teleológicas, destinadas à sua melhor elaboração, no âmbito do sistema jurídico nacional* (MORAES, 2003:9).

Pretende-se, portanto, transpor a simples defesa emocional da superação do preconceito operada pela literatura em geral e desenvolver uma argumentação jurídica mais sólida (embora o combate à homofobia seja o objetivo subjacente). Na mesma linha, ainda que pudesse ser um campo de discussão bastante atraente, não se abordou situações específicas envolvendo direitos de travestis e transexuais que poderiam ser tangentes ao tema do casamento civil homoafetivo, tratam-se de exames jurídicos conexos, mas ultrapassam os objetivos delimitados para este trabalho.

De acordo com a nova ordem instaurada pela CRFB/88 já seria juridicamente possível o casamento civil de pessoas do mesmo sexo em nosso país? E negativa de direitos, diante do fato concreto de não haver casamento civil entre homossexuais em terras brasileiras, seria apenas uma resposta jurídica baseada na *tradição do preconceito* ou existe verdadeiro impedimento legal para não se tutelar o casamento civil entre homossexuais?

No Brasil, segundo as estimativas da ABGLT, existem 17,9 milhões de homossexuais. Número que por si só justifica este estudo jurídico<sup>5</sup>. Impossível

---

<sup>5</sup> É preciso, contudo, atentar para a lição de TREVISAN (2004:41): *Nesse intrincado e enigmático território do desejo, como calcular adequadamente o número de pessoas homossexuais existentes no país, se já a própria definição do elemento pesquisado é espantosamente fluida?*

ignorar as paradas do orgulho LGBT, que apenas na cidade de São Paulo costumam reunir mais de três milhões de pessoas, sendo certamente o maior evento civil deste país. Assim, a questão envolvendo a homossexualidade trata-se de matéria atual e de grande repercussão dentro da sociedade, merecendo já inclusive algumas ações efetivas por parte do Poder Público (ainda que tímidas).

*De modo geral, a monografia deve apresentar como característica a originalidade, não no sentido de novidade ou singularidade, mas no sentido de tratar de um tema atual ou relevante que mereça ser investigado cientificamente (CRUZ & RIBEIRO, 2003:37).*

Não obstante as recentes produções acadêmicas sobre o direito homoafetivo, ainda persiste a necessidade de investigação porque só o debate poderá trazer soluções reais para as questões daí decorrentes, sobretudo as implicações das uniões homoafetivas, *tensões sociais sem resposta no sistema jurídico posto, a pendular contradição entre família (homoafetiva) no fato e a família no Direito.* (FACHIN, 2000).

Esta pesquisa científica pretende expor as contradições entre o direito e a exclusão, entre o sistema jurídico uno e o pluralismo, entre os fatos e a codificação. (FACHIN, 2000) E, em tese, possibilitar o exercício de direitos por minorias sexuais, neste particular em relação ao casamento civil entre homossexuais.

Os estudos jurídicos atuais realizados sobre o tema da homossexualidade tendem a considerar a ótica do direito constitucional e dos direitos humanos com repercussões para a esfera do direito civil e do direito de famílias. Contudo, a maioria dos autores não admite a possibilidade do casamento civil para as uniões homossexuais, considerando apenas a união estável ou mesmo pretendendo construir novas formas de conjugalidade para classificá-las.

---

É preciso estar ciente de que os trabalhos científicos *devem apresentar resultados que permitam a qualquer outra pessoa que realizar a mesma investigação, nas mesmas circunstâncias, encontrar os mesmos resultados* (ALVES, 2003:31). Por isso, adota-se o entendimento de doutrina minoritária sobre o casamento civil homoafetivo, por parecer a teoria que melhor responde aos questionamentos formulados nesta monografia.

A função precípua da universidade é articular ensino e pesquisa. Para a formação de cidadãos reflexivos e críticos. A universidade não deve ser uma ilha, embora muitas vezes pareça. *E a preocupação do cientista é a de contribuir para a busca de melhor qualidade de vida da humanidade, tornando o homem mais consciente das conseqüências e do valor de seus atos* (ALVES, 2003:11).

Significa dizer que a faculdade de direito não pode estar alheia às transformações sociais. É da intrínseca relação entre fato social e direito que se levanta o cerne desta pesquisa. Jean Carbonier *apud* RAMOS (2000:13), a propósito do fenômeno do *pluralismo jurídico*, formulou dois teoremas fundamentais: *I) o direito é maior que as fontes formais do direito, e II) o direito é menor que o conjunto das relações entre os homens*. Pergunta-se: a família e o casamento não constituem direitos dos homossexuais?

Prossegue RAMOS (2000:30): *O direito é invadido pelos fatos, pela realidade das ruas, que o obriga a reformular-se, reconhecendo a existência de espaços por ele não abrangidos*.

FIGUEIRÊDO *apud* BAHIA (2006:102), assim ponderou sobre o tema enfocado:

*Existe a homossexualidade. Existem preconceitos fortíssimos. Existem pais e mães homossexuais com filhos biológicos ou adotivos. Não se trata de seres de outros planetas ou de um problema distante e sim, de algo presente em cada cidade, em cada esquina, em cada família. É uma crueldade contra a espécie humana tentar retirar o*

*tema da agenda de discussão e deixar de se buscar soluções que atendam a todas as partes envolvidas. Não se trata de “lixo”, e muito menos de varrer para debaixo do tapete, mas de vidas humanas que merecem respeito e dignidade.*

Dessa forma, considerando-se o incipiente desenvolvimento da questão no universo jurídico nacional resolvemos tomar a situação brasileira contemporânea referente às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, para tratar do casamento civil homoafetivo.

O trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo divide-se em: 1. Algumas leituras sobre homossexualidade: 1.1 Contornos iniciais: uma breve delimitação das categorias<sup>6</sup> sexo, identidade de gênero, orientação sexual e afetiva, identidade sexual; 1.2 O que é heterossexualidade? – considerações sobre a orientação sexual e afetiva heterossexual e homossexual, esta última aqui considerada como uma situação de fato; 1.3 Proteção constitucional da homossexualidade: através dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade; 1.4 Homossexualidade e Estado Laico, demonstra a necessidade da separação entre Estado e religião para a preservação das garantias constitucionais; 1.5 Homossexualidade e religião católica: aborda a postura oficial da igreja e possíveis interpretações bíblicas;

O segundo capítulo: 2. Nem lobisomem, nem jacaré. Homem com homem e mulher com mulher – parte central deste trabalho divide-se em: 2.1 Teoria clássica: família e casamento inexistente – apresenta a teoria clássica de família e casamento adotada pelos civilistas estudados na maioria das universidades do estado do Rio de Janeiro; 2.2 Novas estruturas de família – apresenta os novos conceitos e teorias de famílias desenvolvidos pela doutrina minoritária; 2.3

---

<sup>6</sup> Proveitosa é a lição de KINSEY *apud* RECK (2008:16) sobre a necessidade humana de categorizações: *Não se pode dividir o mundo em carneiros e bodes. Nem tudo é branco ou preto. Um princípio da taxonomia é que só em raros casos a natureza apresenta categorias separadas. É só o espírito humano que introduz categorias, que tenta classificar os fatos e, tópicos separados. Quanto mais nos conscientizamos disso no que se refere ao comportamento sexual das pessoas, tanto mais depressa chegaremos a uma verdadeira compreensão da realidade.*

Casamento civil homoafetivo – cerne desta pesquisa, demonstra a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo através da interpretação teleológica e aplicação dos institutos da interpretação extensiva e da analogia; 2.4 Considerações sobre a união estável homoafetiva – aplica o mesmo raciocínio jurídico utilizado para a defesa do casamento civil homoafetivo.

O terceiro capítulo divide-se em: 3. Considerações finais: 3.1 O direito como um sistema de normas superáveis – expõe os argumentos da teoria da superabilidade das normas jurídicas e das decisões contra *legem* para admitir a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo; 3.2 Considerações sobre a experiência brasileira: legislação e jurisprudência – argumenta-se que desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha restam esvaziados os projetos de lei tendentes a regulamentar a união civil de pessoas do mesmo sexo e destaca a recente e mais importante jurisprudência dos Tribunais Superiores; 3.3 Conclusões: o direito combatendo preconceitos – evoca a função da universidade para o diálogo com a sociedade e afirma o direito como um instrumento de transformação social, no caso, o combate à homofobia.

Para desenvolver o presente trabalho, a metodologia adotada teve como base as pesquisas bibliográficas nacionais e internacionais no tema das relações homoafetivas. Foi estudada a legislação sobre família, casamento e união estável no Brasil. Também foram utilizadas informações obtidas na rede mundial de computadores, em sítios de alta confiabilidade da Internet, buscando referências, conceitos, instrumentos legais existentes relacionados ao tema e experiências nacionais e internacionais no campo das uniões homoafetivas.

## Primeiro Capítulo

### 1. ALGUMAS LEITURAS SOBRE HOMOSSEXUALIDADE

*Não somos todos iguais, somos diferentes, e não há na vida nenhuma qualidade tão universal como a diferença.*

Montaigne<sup>7</sup>

Pretende-se neste capítulo traçar os primeiros contornos do panorama, que ao final deverá revelar a projeção da homossexualidade na ordem jurídica, com seus desdobramentos para a esfera do direito de famílias, posto que os maiores choques em relação à plenitude de direitos dos homossexuais se espraia justamente nesse campo, mais precisamente nas questões relativas à adoção de crianças e à legalização das uniões homoafetivas, notadamente o casamento civil.

*O interesse investigativo fixa-se nas leituras possíveis para o fenômeno homossexual, que podem ser compreendidas como representações sociais que prevalecem em uma sociedade, em um determinado período (SILVA, 2003:46), privilegiando-se uma abordagem de perspectiva antropológica e relativizante, que vê a homossexualidade mais como fato social que fato biológico ou psicológico.*

#### 1.1 Contornos iniciais

A identificação biológica e social do sexo, realizada até mesmo antes do nascimento, só considera a genitália externa, classificando binariamente os animais em macho e fêmea. Exceto nos casos dos intersexos, que apresentam órgãos sexuais internos e/ou genitais diferentes do padrão binário esperado, dificultando a sua categorização. Nas palavras de BORTOLINI (2008:10) *sexo é tudo aquilo que está relacionado às características físicas de um ser humano. O*

---

<sup>7</sup> MONTAIGNE *apud* BRITO (2000:7).

*órgão sexual, o genoma, o formato do corpo, dos seios, enfim, tudo aquilo que está relacionado diretamente à materialidade.*

Segundo, a bióloga ROUGHGARDEN (2008) essa divisão binária não faz sentido, pois de fato muito animais nem sequer são nitidamente classificados em dois sexos. Além disso, destaca que as espécies podem ter mais de um tipo de macho e fêmea. DIAS (2004:75) defende inclusive que *a própria definição legal do sexo, hoje feita no nascimento exclusivamente pela genitália exterior, tem de passar por uma reavaliação, pois devem ser considerados fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais.*

Para BUTLER *apud* PORCHAT (2008), a sexualidade tem tanto a ver com nossas crenças, ideologias e imaginações quanto com o nosso corpo físico. Os corpos não têm nenhum sentido intrínseco. O “corpo-homem” e o “corpo-mulher” (lembrando ainda que há casos de intersexo) nada revelariam de verdade absoluta. A não ser que se leve em conta meramente a questão da reprodução, que necessita de um corpo-macho e de um corpo-fêmea para acontecer. E a própria reprodução, talvez em breve seja posta à prova com os avanços tecnológicos<sup>8</sup>.

Já a identidade de gênero é expressa pelos papéis sociais de gênero masculino e feminino, é um conjunto de crenças, traços de personalidade, atitudes, sentimentos, valores, condutas e atividades que diferenciam homens e mulheres. É um ato performativo, uma ação pública, encena significações já estabelecidas através das cobranças médica, religiosa, jurídica e social. Produzindo a ilusão de que existem seres homens e seres mulheres. Contudo, essa não é uma discussão pacífica e alguns autores chegam mesmo a enumerar

---

<sup>8</sup> Atente-se, por exemplo, para a descoberta de cientistas da Universidade de *Newcastle*, no Reino Unido de que é possível “fabricar” espermatozoides a partir de células-tronco femininas adultas. Significa que no futuro, embora talvez ainda distante, haja possibilidade de uma mulher engravidar outra por meio de inseminação artificial. Não se discute aqui a viabilidade efetiva dessa prática, nem os questionamentos éticos que ela possa suscitar (LEAL, 2008:3).

onze maneiras diferentes de comportamento de gênero.<sup>9</sup> *Se o gênero é um produto histórico, então ele está aberto à mudança histórica* (CONNEL apud VIANNA, 2008:21). No debate sobre gênero as correntes mais conservadoras e ultrapassadas são quase sempre fundadas na ignorância e no medo, vale destacar a alegoria abaixo por exemplificar como tais discursos, inclusive o discurso jurídico, são elaborados:

*O protótipo do homem. Ao definirmos o que é masculino ou não, consideremos o caso de Dave, o protótipo do cara másculo e viril. Ele joga futebol americano, caça, é ótimo pai e marido amado. Há mais uma coisa, uma vez por mês, encontra-se com um antigo amigo que o come por trás. Você sabe, sexo anal... assim, como você o colocaria em sua escala do que é masculino? Será que a pontuação de Dave cai um pouco? Muito? Apenas um pouquinho?... Nada?*

*Mesmo se você disse “apenas um pouquinho”, tenha em mente que a sua definição de masculinidade inclui “o que entra e sai do ânus de um cara”: cem por cento fezes = cem por cento “homem de verdade”. É assim que muitas pessoas formulam a definição* (JOANNIDES, 2003:393).

A esse respeito são esclarecedoras as definições apresentadas por BORTOLINI (2008:13-15):

*Uma das formas encontrarmos prazer e completude nas nossas vidas são o amor e o sexo. O desejo nesse, caso, é pelo outro. Para dar um nome acadêmico, a gente chama esse desejo de **orientação sexual e afetiva**. (...)*

*Assim podemos dividir as orientações (se é que isso é possível de fato) basicamente em: **homossexual** – quem sente atração por pessoas do mesmo gênero; **heterossexual** – quem sente atração por pessoas do gênero oposto; **bissexual** – quem sente atração por pessoas de ambos os gêneros. Essas categorias, assim como todas as classificações, não dão conta da enorme diversidade humana. (...)*

*Outro conceito importante para começarmos a entender toda essa história é o de **identidade sexual**. (...) Diferente da orientação sexual e afetiva, que está diretamente relacionada ao meu desejo pelo outro, a identidade sexual tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço. (...) Algumas das mais conhecidas são:*

---

<sup>9</sup> Sobre esse assunto verificar os argumentos de Ronaldo Pamplona da Costa (2008) no seu livro *Os onze sexos*.

**gay, lésbica, bissexual, transexual, travesti, mulher heterossexual, homem heterossexual.**

*O conceito de orientação sexual e afetiva e as categorias criadas a partir dele são produzidos academicamente. As identidades sexuais, ao contrário, são identidades construídas por grupos sociais, ao longo da história, em diferentes sociedades. (...)*

***O mais importante aqui é que a gente consiga diferenciar na nossa cabeça o que são esses quatro conceitos: SEXO / GÊNERO / ORIENTAÇÃO SEXUAL E AFETIVA / IDENTIDADE SEXUAL. A maioria de nós desde criança foi ensinada que só existem duas possibilidades de combinações aí: SEXO: MASCULINO + GÊNERO: MASCULINO + ORIENTAÇÃO: HETERO + IDENTIDADE: HOMEM HETERO ou SEXO: FEMININO + GÊNERO: FEMININO + ORIENTAÇÃO: HETERO + IDENTIDADE: MULHER HETERO.***

*Mas as coisas não são tão simples assim – para o desespero de alguns e a felicidade de muitos. Grifei.*

O fato é que a despeito de moralismos ou preconceitos, uma nova realidade se impõe e não há como negá-la. Os tradicionais conhecimentos sobre sexualidade e gênero já não são suficientes para cobrir uma realidade cada vez mais diversificada. A coerência esperada entre anatomia, identidade de gênero, desejo e prática sexual é ilusória. Tentar responder a como lidar com essas mudanças de uma maneira que garanta a todas as pessoas um tratamento social condizente com a dignidade da pessoa humana também é tarefa do direito.

Por fim, vale destacar a consideração abaixo:

*A maioria das pessoas é heterossexual, mas algumas são lésbicas, gays ou bissexuais. Algumas pessoas são altas e outras, baixas. Algumas são pretas ou pardas, enquanto outras são amarelas, vermelhas ou brancas. Alguns são homens, a maioria é de mulheres. A maior parte é composta de destros, mas há alguns canhotos. Há uma ampla gama de diferenças individuais entre os seres humanos. A orientação sexual parece ser uma delas. (HELMANIAK, 1998:21)*

## 1.2 O que é heterossexualidade?

*A homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade.* (assertiva repetidamente atribuída a Goethe)<sup>10</sup>

Ao se compulsar os trabalhos jurídicos que tratam do *direito homoafetivo* é comum perceber que a maioria de seus autores pretende, de início, definir a homossexualidade. A impressão é que se trata de um conceito imprescindível para estabelecer as bases sobre as quais a discussão será erguida.

Quase como se fosse um caminho inevitável, inicia-se um longo percurso de definições que passa pela história, medicina, antropologia e outras ciências. Cobrindo parcialmente as transformações históricas no conceito de homossexualidade, como pecado, crime e patologia, mas curiosamente pouco se abordando o atual período da homossexualidade, como mais uma das formas de expressão sexual.

Este trabalho não tem a mesma aspiração. Além de não ser o recorte da discussão aqui sustentada, não se dispõe de espaço e tempo para tanto. Dessa forma, *não se pretende aqui discutir as “causas” da homossexualidade*. Assim como para TREVISAN (2004:31),

*tal questão – que historicamente tem obcecado cientistas, psicólogos e juristas – parece-me dispensável e equivocada. (...) As situações serão aqui abordadas a partir da homossexualidade enquanto fato consumado, sem precisar de justificação causal. Em outras palavras, pretendo me ater antes de tudo às vivências pessoais como dados inegáveis da realidade.*

*Como saber o que é homossexualidade quando nesta sociedade brasileira existem tantas opiniões contraditórias e mal-encontradas a respeito do assunto* (FRY & MACRAE, 1983:9). Por que então não tentar definir a heterossexualidade? Já que é a norma social do exercício das sexualidades,

---

<sup>10</sup> Extraído de VECCHIATTI (2008:40).

portanto, teoricamente mais fácil de delimitar. *Nossa cultura está assentada sobre o grande sonho heterossexual – casamento, filhos, sua própria casa e um belo plano de aposentadoria* (JOANNIDES, 2003:401).

VEIGA (2000:73) adianta que *ninguém discutirá o componente genético da preferência heterossexual na espécie humana, já que nos reproduzimos regularmente por milênios antes de haver o fator cultural*. Por outro lado, argumentam outros estudiosos:

*Ora, se um determinado tipo de desejo depende de um gene, é obvio que outros tipos dependerão de genes diversos, o que significa admitir a vocação genética do desejo em si. Nesse caso, por que não se pensou em investigar as raízes genéticas da atração pelo sexo oposto?* (TREVISAN, 2004:33)

Para o estudioso Andrew Sullivan *apud* TREVISAN (2004:31), isso se deve ao ponto de vista heterossexual dominante, que estabelece os termos do debate, colocando-se como referencial.

*De alguma forma, a tendência é acreditar que homossexuais masculinos e femininos são biologicamente ou psicologicamente tão diferentes dos assim chamados heterossexuais, que seu comportamento pode ser compreendido em termos mais psicológicos e biológicos que sócias.* (FRY & MACRAE, 1983:11)

Nessa inversão de discursos aparenta disparatado questionar-se a definição de heterossexualidade. Por antever uma resposta tão óbvia, (quase) *natural*, desnecessária seria a pergunta. Soando a simples interrogação mais como uma pilhéria. O jornalista Renato POMPEU (2009) noticia sobre um questionário distribuído a alunos de quatorze anos, no Instituto *Mósteles* (Madri), intitulado *Preconceitos e Estereótipos – Inverter a situação: questionário para heterossexuais*<sup>11</sup>, no qual constavam perguntas como:

---

<sup>11</sup> Disponível na rede mundial de computadores através do link <[http://www.diversidadecatolica.com.br/bibliografia\\_questionario\\_heterossexuais.asp](http://www.diversidadecatolica.com.br/bibliografia_questionario_heterossexuais.asp)>. Acesso em 04 de março de 2009.

*O que você pensa que causou a sua heterossexualidade? Quando e como você decidiu que era heterossexual? É possível que a sua heterossexualidade seja apenas uma fase que você possa superar? É possível que a sua heterossexualidade derive de um medo neurótico em relação às pessoas do seu próprio sexo? Se você nunca teve relações com uma pessoa do seu próprio sexo, não pode ser que o que você precise é um bom amante do seu próprio sexo? Considerando a ameaça da fome e a superpopulação, a raça humana poderia sobreviver se todos fossem heterossexuais como você?*

Contudo, assim como BRITO (2000:9) não se tem a intenção de estabelecer uma crítica pessoal ao tipo de relação sexual que se aborda neste trabalho, tampouco opinar ou julgar a preferência sexual de quem quer que seja. Não é uma questão de ser a favor ou contra, não é uma torcida ou uma opinião pessoal ou moral. Trata-se de uma análise técnica.

Da mesma maneira como parece disparatado tentar uma definição exata do que seja a heterossexualidade, também assim será considerado nesse trabalho em relação à homossexualidade. *De fato, nenhuma das teorias existentes sobre as causas de homossexualidade nos convence e a nossa tendência é de tratá-las todas, sem exceção, como produções ideológicas* (FRY & MACRAE, 1983:15).

*A homossexualidade acompanha a historia do homem. Não é crime nem pecado; não é doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificado a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Alias, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.* (DIAS, 2007:182)

Nesse particular vale destacar duas abordagens conexas, mas distintas, relativas à sexualidade em geral. A primeira é a discussão da natureza *versus* cultura, na questão da orientação sexual e afetiva. Se haveria uma predisposição genética, ou se ela seria fruto da educação, ou a resposta mais simplista e fácil se seria uma combinação de ambas. Tal debate procura entender o que uma pessoa está a fazer, a questão está colocada no campo do indivíduo e suas experiências de vida. Mas *a maioria dos argumentos a favor da natureza e da cultura pressupõe a existência de um tipo normativo de prática sexual (a atração pelo*

*sexo oposto) e que seja encontrada uma explicação para o desvio a essa norma (NAPHY, 2004:12).*

A segunda abordagem refere-se à dicotomia entre essencialismo e construtivismo. Centrando-se no que o indivíduo pensa que está a fazer, a discussão está situada no âmbito da sociedade e da cultura. Os essencialistas afirmam que existem basicamente categorias como a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade. Essas identidades seriam verdadeiras e inerentes aos indivíduos e a condição humana. Já o construtivismo sugere que não existem categorias sexuais diferenciadoras e que todo o comportamento sexual segue uma linha de continuidade, assim tais categorias seriam apenas expressões criadas por culturas e sociedades e não existiriam verdadeiramente fora desses rótulos.

Ambas abordagens podem ser usadas para defender ou condenar a homossexualidade, para manifestar ou não discriminação, para garantir ou negar direitos. Nenhuma permite qualquer dos lados dos debates levar a melhor.

Dessa forma, é relevante neste trabalho o conceito de homossexualidade que a considera como *uma infinita variação sobre o mesmo tema: o das relações sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo (FRY & MACRAE, 1983:7). No fundo, não é preciso criar rótulos como hetero, homo ou bissexual. A sexualidade é uma só. Muda apenas o objeto de atração. O desejo de se realizar e de encontrar satisfação é o mesmo (WÜSTHOF, 1997:106).*

A redução das pessoas em identidades únicas gera um sistema de classificação pela religião, pela cultura ou nação ou raça ou preferência sexual. Essas classificações exercem poder sobre as pessoas. Reduzem e diminuem as pessoas, podendo nessa redução transformar-se em violação de seus direitos. SEN *apud* QUINN *et. al.* (2008:12), revela o aspecto plural das identidades pessoais:

*As identidades são fortemente plurais, (...) a mesma pessoa, sem qualquer contradição, pode ser um cidadão americano, de origem caribenha, com ancestrais africanos, um cristão, um liberal, uma mulher, um vegetariano, um corredor de longa distância, um historiador, um mestre-escola, um romancista, um feminista, um homossexual, um defensor de direitos dos gays e lésbicas, um apreciador do teatro (...) Cada um desses coletivos a que essa pessoa ao mesmo tempo pertence confere-lhe uma identidade particular. Nenhum deles pode ser considerado como sua identidade única ou como sua categoria pessoal.*

### 1.3 Proteção constitucional da homossexualidade

*O Estado liberal faz com que a vontade dos mais fortes domine e oprima, de tal sorte que o regime da igualdade jurídica de todos acaba por se tornar um regime de privilégio dos fortes. (RAMOS, 2000:10)*

É bastante impressionante que mesmo diante do atual estágio do conhecimento e do nível de proteção e garantias jurídicas fundadas na dignidade da pessoa humana<sup>12</sup> introduzidas pela CRFB/88, ainda seja necessário redigir um tópico sobre a possibilidade jurídica de ser homossexual. Sobretudo porque o tratamento isonômico é a regra jurídica, cabendo aos que pretendem discriminar por motivos de orientação sexual e afetiva o ônus de provar a sua pertinência lógico-jurídica. Resta de alento o fato de ser mais um exercício contra qualquer prática preconceituosa, que sempre procura legitimação na natureza humana.

*Coloca-se a defesa de gays e lésbicas como um problema objetivo de direito e de direito constitucional, ou seja, daquele campo do direito que dá a todo o ordenamento o sentido e no qual se encontram naturalmente moral, política e lei (LOPES, 2001:12). Estão envolvidos aqui os temas da dignidade*

---

<sup>12</sup> *Ao falarmos de dignidade humana, estamos justamente abordando a utilização de nossos sentimentos na interpretação do que remete à nossa essência comum. Assim, ao abordarmos conhecimentos, tratamos também de valores essenciais, para o que é fundamental a consideração de aspectos da nossa subjetividade. (GROENINGA, 2004:260)*

humana, da igualdade, da diferença e da liberdade. A defesa dos direitos dos homossexuais oferece hoje o caso mais exemplar de questões de direitos humanos<sup>13</sup>.

Será, que somente o fato de um indivíduo possuir orientação sexual e afetiva exclusiva ou preponderantemente homossexual lhe impede o pleno exercício da cidadania? Neste estudo a resposta para tal indagação deve ser buscada, dentre outras áreas do conhecimento humano, na Constituição Federal.

*Uma questão que vem atormentando incessantemente os operadores do direito no Brasil, sem sombra de dúvidas, é a problemática relativa ao reconhecimento e ao exercício da cidadania plena por parte das pessoas que possuem orientação sexual diferente daquela tida como “normal”<sup>14</sup>. (BAHIA, 2006:13)*

*A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada (DIAS, 2006:73). As questões relativas à orientação sexual e afetiva relacionam-se de modo íntimo com a proteção da dignidade da pessoa humana. O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade (MORAES, 2003:86).*

*O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade (Ibid., 2007:85).*

---

<sup>13</sup> *Também não é possível pensar outros direitos humanos fundamentais sem pensar na família. O direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humanas, à segurança social e à felicidade pessoal, bem como outros direitos humanos fundamentais, todos eles dão fundamento ao direito de família e remetem ao recinto familiar – o lar –, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto (BARROS, 2004:612-613).*

<sup>14</sup> GUILMARÃES (2004:27) refere-se a esse grupo de pessoas como *minorias sexuais*, compreendendo os indivíduos com identidade sexual lésbica, gay, bissexual e transgêneros, ou simplesmente LGBT, acrônimo empregado em grande parte do planeta.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente o princípio da igualdade formal, enunciado no art. 5º, caput, da CRFB/88. Este princípio consagra o direito de todos à igual proteção da lei, de outro modo equivale a dizer que o princípio da igualdade formal conduz à garantia do direito às diferenças e ao respeito à diversidade. Neste caso, seriam juridicamente indiferentes as diversas modalidades de orientação sexual e afetiva, devendo todas receber a mesma regulação geral.

*Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. (...)*

*A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual – a qualidade de sujeito de direito; isto significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual. (RIOS, 2002:129)*

Nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz no enunciado geral do princípio da igualdade. O art. 3º, inciso IV, da CRFB/88, estabelece o rol de critérios proibidos de diferenciação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda que a expressão orientação sexual e afetiva esteja ausente no rol de expressa proibição, note-se que a enumeração constitucional convive com a abertura para quaisquer outras formas de discriminação.

*De fato a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. (RIOS, 2002:133)*

Não existem razões lógico-jurídicas para a utilização da orientação sexual como fator de discriminação apto a legitimar posicionamentos tendentes a diferenciar o tratamento entre cidadãos que compõem a sociedade brasileira.

Nessa linha, a dimensão material do princípio da igualdade, a *igualdade na lei*, torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. O estágio do conhecimento humano atual desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva em critérios de orientação sexual.

*Vale dizer, em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual. (RIOS, 2002:136)*

A CRFB/88 não instrumentalizou qualquer tipo de nóculo ou obstáculo que sustente a diferenciação entre pessoas heterossexuais e pessoas homossexuais. Aliás, a esse respeito TREVISAN (2004:36) sustenta que é falacioso identificar o sujeito inteiro por um determinado modo de ser; *ou seja, transformar em substantivo o que de início era adjetivo qualificativo.*

*Dito impedimento discriminatório não tem assento exclusivamente constitucional. Está posto na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto San Jose, dos quais o Brasil é signatário. Como preceitua a Constituição Federal, são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objeto de referendo. Ante tais normatizações a ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade. (DIAS, 2006:77)*

O texto constitucional brasileiro ao definir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CRFB/88) e ao vetar qualquer forma de discriminação nos seus objetivos fundamentais (art. 3º, inciso IV, CFRB/88), ainda que implicitamente, permite e protege todas as formas de orientação sexual e afetiva, incluída a homossexualidade, na medida em que também proíbe qualquer tipo de distinção entre os cidadãos do país (art. 5º, da CRFB/88).

*Assim é que, (...) resta forçoso o reconhecimento de que o ser humano não se depara com limitações ou óbices de qualquer espécie para exercitar sua orientação sexual (...); ao reverso pode-se chegar até mesmo à afirmação da existência do direito constitucional de ser homossexual, ainda mais quando se leva em consideração que, no (...) plano governamental denominado “Programa Nacional de Direitos Humanos” (PNDH), afirmou-se textualmente que: (...) direitos humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, **homossexuais**, (...). Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitadas e sua integridade física protegida e assegurada. (BAHIA, 2006:13) Grifei.*

A relação que ora se estabelece entre a proteção da dignidade humana e a orientação sexual e afetiva homossexual é direta. *Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental* (DIAS, 2006), conforme o art. 5º, *caput*, da CRFB/88.

*O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier. (MORAES, 2003:107)*

É preciso reconhecer ainda o direito ao livre exercício da orientação sexual e afetiva homossexual como um corolário do princípio da liberdade, assegurado constitucionalmente (art. 5º, *caput*, da CRFB/88). Assim, a homoafetividade é também protegida através da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X, da CRFB/88) e da liberdade de consciência (art. 5º, inciso VI, da CRFB/88).

De outro modo, pelo mandamento constitucional segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso III), a homossexualidade constitui um irrelevante jurídico, posto que não seja de forma alguma proibida por lei; ao contrário, a CFRB/88 garante a livre orientação sexual e afetiva, incluída a homossexualidade.

Portanto, discriminar pessoas em razão da orientação sexual e afetiva homossexual constitui grave violação de direitos. A questão da sexualidade alcança também o campo dos direitos humanos, nesse sentido destaca-se a lição de DIAS (2006:73-4):

*Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, portanto, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível. (...)*

*Assim, também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração. A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção. A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo Direito. Tanto que devem ser reconhecidos como hipossuficientes o idoso, a criança, o deficiente, o negro, o judeu e também a mulher, porque tanto ela, como as demais categorias sempre foram alvo de exclusão social.*

*A hipossuficiência social que se dá por preconceito e discriminação gera, por reflexo, a hipossuficiência jurídica. A deficiência de normação jurídica relega à margem do Direito certas categorias sociais. Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais. Mesmo quando fruam de uma condição econômica suficiente, são social e juridicamente hipossuficientes.*

*Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários a preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza. (...)*

*Além de estarem amparados pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, impositiva a inclusão das relações homossexuais no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual, categorial e difuso. Também se albergam sob o teto da liberdade de expressão, como garantia do exercício da*

*liberdade individual, cabendo incluí-las, da mesma forma, entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce, ainda, visualizar a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.*

Ademais, como bem lembra VECCHIATTI (2008) há quem defenda a existência de direitos de quarta geração, consubstanciados por um direito à diferença ou à tolerância. No entanto, essa é uma questão controvertida, na medida em que outros autores apontam situações diversas para caracterizar essa geração de direitos, como a democracia e o meio ambiente saudável. Havendo ainda quem aponte uma quinta geração de direitos. *O importante aqui é delinear-se o direito à tolerância, ao respeito às diferenças, seja qual for a geração ou a forma de reconhecimento de tal direito, mesmo porque o respeito e a tolerância são pressupostos da vida em sociedade (Ibid., p. 235).*

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana hoje se apresenta como alicerce das demais normas e princípios vigentes, agindo como verdadeiro esteio para atuação dos órgãos públicos e dos particulares. *Isto significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica (MORAES, 2003:84).* Inclusive o campo dos direitos de famílias, âmbito de inserção do tema deste trabalho.

Conclui-se que ou a CRFB/88 reflete seus efeitos para todas as pessoas que compõem a sociedade em que foi promulgada, ou se terá que admitir como na fábula de George Orwell, *A Revolução dos Bichos*, que *todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que outros*. Criando-se um tipo de cidadania por classes, sendo as pessoas com orientação sexual e afetiva homossexual cidadãos de classe inferior, com direitos muito limitados.

## 1.4 Homossexualidade e Estado laico

*Deus está morto!*  
Nietzsche

É inegável que uma das muitas origens de tamanha discriminação e intolerância contra minorias sexuais, particularmente homossexuais, está na moral religiosa, mesmo considerando a enorme distância entre as normas éticas prescritas por uma religião e as que são realmente praticadas por seus fiéis. Segundo HELMINIAK (1998:14) *as religiões cristãs contribuem de modo preponderante para que estes horrores aconteçam.*

Por isso é importante falar em laicidade para *a manutenção de um espaço público e democrático, que admita e garanta a liberdade de consciência e a diversidade de pensamento* (CEZAR *et al.*, 2008:15).

Para HUACO (2008:45) *o princípio da laicidade mantém uma relação chave com o respeito aos direitos fundamentais, tal como a liberdade religiosa, a igualdade e a liberdade de consciência.* A laicidade possibilita a convivência de variadas formas de compreensão do mundo.

BLANCARTE (2008:19) a respeito da laicidade assim aponta: *poucas criações do mundo moderno tornaram-se tão indispensáveis para que as várias e diversas sociedades se desenvolvam em um marco de liberdades e convivência pacífica.* E continua a explicação sobre o tema, estabelecendo uma definição de laicidade como *um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos* (*Ibid*, p. 19)

Contudo, laicidade constitui mais um processo do que uma forma fixa. E não se exprime simplesmente através da estrita separação Estado-Igrejas. Sendo assim atente-se:

*Significa também dizer que podem existir países formalmente laicos, mas que no entanto ainda estejam condicionados pelo apoio político proveniente de uma ou mais Igrejas majoritárias do país. E, de forma contrária, existem países que não são formalmente laicos, mas que, na prática, por razões relacionadas em um histórico controle estatal sobre as Igrejas, não dependem da legitimidade proveniente das instituições religiosas. (...)*

*O caso dos países majoritariamente católicos apresenta uma terceira variante, na qual geralmente se dão diversos graus de separação e uma relação tensa entre o Estado, que busca uma autonomia de gestão, e a Igreja majoritária, que pretende moldar a política pública. O Estado é, então, mais ou menos laico, segundo o grau de independência e o requerimento da legitimidade proveniente da instituição eclesial. (Ibid., 2008:20-21)*

O Brasil é o maior país católico do mundo, afirma a imprensa nacional a todo o momento. Entretanto, o Estado brasileiro é, conforme definição da CRFB/88, um Estado laico, nesse sentido são os preceitos do art. 5º, incisos VI e VIII, e do art. 19, inciso I. Aliás, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o princípio da laicidade já havia sido instituído no Brasil através do Decreto nº 119-A, de 07.01.1890, que determinava a separação entre igreja e Estado (COSTA, 2008). A simples observação sobre a vida social confirma que a diversidade é a regra da modernidade. Destaca-se:

*Há outro fator que pesa muito na discussão das liberdades laicas. O Brasil, como tantos outros países, torna-se cada vez mais uma sociedade multicultural. Estamos muito distantes do tempo em que havia apenas uma religião professada por todos (e até mesmo obrigatória por lei); um jeito correto de ser homem; um modo único e adequado de ser mulher; um único conjunto de valores morais; uma única modalidade de educação; uma hegemonia em termos de televisão, rádio e jornal. (CEZAR et al, 2008:15)*

A laicidade do Estado é substancialmente um instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e direitos do conjunto de cidadãos. A importância

disso é que, *na medida em que não se afeta nem a ordem, nem a moral pública*<sup>15</sup> e nem os direitos de terceiros, também se converte em obrigação do Estado garantir o direito de todos, incluídas as minorias, de viver e praticar ações de acordo com suas crenças e preferências (BLANCARTE, 2008:26).

*O Estado laico está intrinsecamente relacionado à defesa das liberdades civis em geral e em particular à defesa dos direitos sexuais e reprodutivos, devido à mudança da fonte de legitimidade da sua autoridade, que não é mais a religião e sim o povo e os cidadãos. Assim, especial ofensa ao poder dos cidadãos e enfraquecimento da própria autoridade política se dão a respeito dos direitos sexuais e reprodutivos, toda vez que eles são negados ou quando o Estado se apodera de certos pressupostos confessionais no momento de legisla-los, no lugar de orientar-se pela doutrina dos direitos humanos.* (HUACO, 2008:46)

Nunca é demais lembrar que é tarefa do Estado brasileiro promover ativamente as liberdades públicas mediante a remoção dos obstáculos que impeçam seu real gozo e exercício. Dessa forma, *o Estado laico não é neutro e nem pode ser neutro. Está ligado aos valores da República, da democracia, da tolerância, da liberdade e da pluralidade, que a soberania popular o tem encarregado de respeitar e fazer respeitar* (BLANCARTE, apud ORO, 2008:88).

Um dos maiores riscos da democracia moderna é confundir a liderança religiosa com a liderança política. Assim, um Estado laico-democrático deve evitar dois grandes perigos: a tentativa de usar o religioso para buscar uma legitimidade política e a tentação que alguns políticos têm de serem usados para cumprir os fins sócio-políticos de grupos religiosos<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Para BLANCARTE (2008) a questão da *moral pública* possui uma definição sempre dinâmica, à medida que os costumes dos povos se modificam e variam com o tempo. E ressalta, evidente que a *moral pública* não pode estar totalmente secularizada, posto que as religiões formam parte essencial da cultura dos povos. Mas destaca que os legisladores e funcionários públicos, mesmo que tenham suas crenças pessoais (religiosas ou de outro tipo), não devem nem podem impô-las à população, entendido que não estão em seus cargos a título pessoal. Assim, devem responder essencialmente ao interesse público, que pode ser distinto de suas crenças pessoais.

<sup>16</sup> MACHADO (2008:155) sobre esse tema assim analisa o caso brasileiro: *enquanto a Igreja Católica privilegiava o lobby junto aos parlamentares e fazia pressão ao governo nos bastidores ou através dos meios de comunicação, alguns grupos evangélicos, os pentecostais em sua maioria, optaram por*

*As organizações que defendem os direitos sexuais e reprodutivos têm em particular a obrigação de lembrar permanentemente os legisladores e funcionários públicos do referido princípio democrático e laico: o poder e autoridade das instituições do Estado vêm do povo. Os dirigentes religiosos não têm representatividade política. Portanto, as leis e as políticas públicas não podem responder nem aos desejos de algumas autoridades eclesásticas nem às crenças pessoais de legisladores e funcionários públicos. Estes, pelo contrário, estão obrigados a zelar pelo **interesse público, o que supõe o respeito da vontade da maioria**<sup>17</sup> e à **proteção dos direitos das minorias**. (BLANCARTE, 2008:30) Grifei.*

Contudo, para BLANCARTE (2008), o Estado laico não deve ser interpretado como uma instituição anti-religiosa ou anticlerical, ainda que em diversos momentos de sua construção histórica o tenha sido. Objetivamente o Estado laico é a primeira organização política que garantiu as liberdades religiosas. Deve-se recordar que a liberdade de crenças, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram asseguradas graças ao Estado laico, e não como oposição a ele. Não se pode reconhecer um regime de liberdade religiosa, sem a garantia da laicidade estatal.

---

*combinar essas estratégias com o lançamento de candidaturas dos seus quadros transformando lideranças religiosas em profissionais da política. (...) O que acaba por favorecer o questionamento da sociedade civil sobre a relação Estado e Igreja no Brasil.*

<sup>17</sup> LOPES (2001:11) sobre a vontade da maioria ensina: *Deixada a si mesma, a idéia de que as maiorias governam legitimamente pode converter-se na idéia de que as maiorias decidem sobre qualquer coisa legitimamente. (...) A moral que se pode aceitar em uma democracia é uma moral crítica, em que os argumentos do gosto, da tradição, do nojo e do sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais. (...) Esta resistência a visões majoritárias é o que dá a uma sociedade a dinâmica democrática e o que a salva do integrismo, do fundamentalismo das tradições e do autoritarismo condescendente e ilustrado dos grupos e pessoas que se julgam descobridores – ou depositários – da verdade e do bem.*

A esse respeito vale destacar ainda as ponderações de VECCHIATTI (2008:225-29): *pode a maioria da população restringir os direitos das minorias? (...) Depende. Se essa mesma população consagrou em sua Constituição (ou em seu ordenamento jurídico em geral) princípios jurídicos que vedam a discriminação arbitrária (isonomia) e que colocam todas as pessoas humanas em igual grau de dignidade (dignidade da pessoa humana), como é o caso brasileiro, então a resposta é não. (...) Mesmo que a esmagadora maioria da população queira que os homossexuais tenham menos direitos que os heterossexuais, tal é incompatível com os citados ordenamentos jurídicos que consagram os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana (que vedam qualquer discriminação arbitrária como essa) como direitos humanos fundamentais, não podendo, portanto, tal vontade majoritária, se algum dia vier a existir, prevalecer. (...) Isso serve de resposta àqueles que tanto desejam colocar em votação popular, por meio de plebiscito, a questão da regulamentação das uniões homoafetivas. (...) Direitos fundamentais não podem ser colocados em votação; devem ser conferidos a todos os brasileiros, ponto. (...) Em especial, será inconstitucional um plebiscito que dê à maioria o direito de decidir sobre algo que afeta unicamente a minoria: ora, uma lei de “união civil homoafetiva” só será relevante para homossexuais e bissexuais, não tendo heterossexuais nenhum legítimo interesse nesse tema, visto que não serão atingidos nem abarcados por tal lei.*

Para HUACO (2008) a realidade latino-americana está diretamente ligada à Igreja Católica, a qual teve um papel histórico importante (positivo e/ou negativo, conforme se julgue) no processo político e histórico da Ibero-América.

E prossegue, entre os vinte países que compõem a América Latina, Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, El Salvador e Venezuela têm firmados acordos e tratados com a Santa Sé. Os diversos aspectos pactuados nestes instrumentos podem ser distribuídos nas seguintes áreas temáticas<sup>18</sup>: autonomia, liberdade e personalidade jurídica da Igreja Católica; organização pessoal e territorial católica; estatuto privilegiado do clero; regime econômico católico; ensino religioso; liberdade de culto; e ação pastoral católica.

Conforme ensina ORO (2008) existem três diferentes ordenamentos jurídicos nos países latino-americanos acerca das relações entre Estado e religiões. Três países adotam o regime de igrejas de Estado. Seis países adotam o regime de separação igrejas e Estado, com dispositivos particulares em relação à igreja católica. E onze países mantêm um regime de separação entre Estado e igreja. Acrescenta que a diversidade religiosa na América Latina não é tão ampla assim, em verdade, quase noventa por cento dos indivíduos latino-americanos expressam seu pertencimento religioso ao cristianismo. E citando CARVALHO afirma que no Brasil assiste-se a *uma luta para ampliar a dimensão religiosa do espaço público e não por laicizá-lo (Ibid., 2008:92)*

Pergunta DIAS (2008:142), *como referendar o interesse de uma minoria? Como votar a favor de uma lei que atende a uma parcela de excluídos?*. As respostas podem ser depreendidas da análise efetuada De pouco serve as constituições nacionais dos Estados mencionem explicitamente o princípio da laicidade, é preciso garantir a efetiva secularização das instituições estatais, de

---

<sup>18</sup> Destaca-se apenas o rol de classificação por temas, não se tem o objetivo de esmiuçar o que seja cada um deles.

seu ordenamento jurídico e de suas políticas. O que supõe o zelo pelo interesse público através de normas, princípios e valores jurídicos que reflitam formalmente o respeito à vontade da maioria e à proteção dos direitos das minorias, nesse particular os direitos das minorias sexuais.

### 1.5 Homossexualidade e religião católica

*Deus permanece morto!*  
Nietzsche

Porque no sub-capítulo anterior no qual foram tratados os aspectos da laicidade do Estado brasileiro, talvez fosse desnecessário abordar o aspecto do discurso religioso católico sobre a homossexualidade, uma vez que pela argumentação jurídica já teríamos superado tal questão. Contudo, não se pode olvidar que a PUC-Rio é uma universidade católica<sup>19</sup>. E isso reflete a extrema importância em se tratar dos direitos das minorias sexuais no âmbito da faculdade de direito.

Dessa forma, diga-se mais uma vez que para os objetivos desta pesquisa não se considera os conceitos que porventura as religiões tenham sobre a homossexualidade. Mas, sobretudo por conta da importância histórica e cultural da Igreja Católica na América Latina e por causa do questionamento da sociedade civil sobre a relação Estado e igreja no Brasil, não se pode deixar de dedicar atenção à maneira como a religião católica (herdeira da fé cristã, incluídas as tradições judaicas), a hierarquia da igreja, o papa e a Cúria Romana, enfrentam a questão dos direitos dos homossexuais. Ressalte-se que:

---

<sup>19</sup> Segundo CARDOSO (2008:23) *a homossexualidade não é uma questão para as igrejas no Brasil, isto é, as igrejas não aceitam dialogar, estudar, avaliar e discutir. Assumem o padrão hetero como verdade revelada, como de natureza estrutural da criação divina, negando toda e qualquer visão da complexidade da sexualidade e da dinamicidade das formas de organização social do amor, dos afetos, da erótica e da vida familiar.*

*Antes da aceitação generalizada das normas sexuais judaicas, cristãs e islâmicas, grande parte do mundo parecia mostrar pouco ou nenhum interesse nas atividades homossexuais e, em muitos casos, tinha uma atitude relativamente positiva (ou geralmente favorável) para com elas.(...)*

*O aspecto mais relevante do mundo anterior ao advento da lei mosaica (as leis que Deus outorgou aos Israelitas através de Moisés, começando pelos Dez Mandamentos) é o fato de poucas culturas demonstrarem qualquer preocupação “moral” significativa com as relações entre pessoas do mesmo sexo. (...)*

*Na verdade, de uma perspectiva religiosa, o elemento mais notável é o número de religiões não monoteístas que tinham deuses e deusas que praticavam atos homossexuais (de várias maneiras) na mitologia dos cultos. (...) Na prática, a bissexualidade era a norma teológica. (NAPHY, 2006:16-20)*

Para QUINN (2008:10) no cristianismo, sempre (...) a “homossexualidade” foi apresentada como pecado. O pano de fundo para isto é o casamento heterossexual baseado no direito natural, cuja sexualidade se justifica pela fecundidade. Por sua vez RECK (2008:13) analisa que a atitude da Igreja católica com referência à homossexualidade é considerada como consistente em si mesma, e ao longo dos séculos como de rejeição.

*Cabe lembrar que a Igreja Católica não admite o casamento de pessoas que não tenham capacidade procriativa. Quem for estéril não pode casar. Se houve o casamento, cabe ser anulado. Inclusive, quando o pedido de anulação é a impossibilidade de procriar, é mais fácil desfazer o casamento religioso do que anular o casamento civil. (DIAS, 2008:140)*

Como ensina NAPHY (2006) o judaísmo como a religião de um pequeno grupo tribal, cercado por forças hostis, necessitava robustecer e fazer aumentar o grupo, levando a que se conferisse um valor absoluto à procriação. O sexo destinava-se exclusivamente à procriação. *Tirando os judeus, nenhuma das civilizações arcaicas proibia a homossexualidade em si. O judaísmo está sozinho – parecendo quase excêntrico – na condenação do sexo não procriador (como a homossexualidade) (Ibid., 2006:39).*

Sobre a posição oficial da Igreja Católica LIMA (2007:5) assinala que no texto normativo *Catecismo Universal da Igreja Católica* encontra-se uma veemente condenação da homossexualidade, bem como dos direitos de livre orientação sexual, apoiando-se na leitura e interpretação da Bíblia. Destaca-se:

*Segundo a Congregação para a Doutrina da Fé (CDF), a orientação sexual não constitui uma característica comparável a raça ou tradições étnicas no que diz respeito à não discriminação. No caso da orientação homossexual, trata-se de uma ‘desordem objetiva’ que exige discernimento moral. (Ibid., 2007:6)*

Para HELMINIAK (1998:20) *parece que os homossexuais (católicos) devem optar entre desistir de sua religião ou – o que parece impossível – desistir de sua sexualidade.* Nesse sentido, observe-se o entendimento oficial católico:

*As pessoas homossexuais seriam chamadas à ‘castidade’. Neste caso trata-se de abstinência sexual permanente. Pelas virtudes de autodomínio, educadoras da liberdade interior, às vezes pelo apoio de uma amizade desinteressada, pela oração e pela graça dos sacramentos, elas podem e devem se aproximar, gradual e resolutamente, da suposta perfeição cristã. (LIMA, 2007:6)*

Ora, vale ressaltar a lição de HELMINIAK (1998) de que a questão atualmente sobre a homossexualidade gira em torno das pessoas e seus relacionamentos, e não simplesmente de seus atos sexuais. A sexualidade não se trata mais de *fazer alguma coisa a alguém ou quem fazia o quê a quem*, características destacadas por NAPHY (2006) nas civilizações antigas. Assim:

*Sexualidade significa muito mais do que a excitação física e o orgasmo. Ligada à sexualidade da pessoa está a capacidade de sentir afeto, de admirar uma outra pessoa, de se sentir emocionalmente próxima da outra, de se envolver com paixão. A sexualidade está no cerne da maravilhosa experiência humana de apaixonar-se – de sermos atingidos pela beleza do outro, saindo de nós mesmos para unirmo-nos de tal maneira a outro ser humano, que passamos a avaliar nossa vida não apenas em função daquilo que é bom para nós, mas também em função daquilo que é bom para o outro.*

*A sexualidade é parte integrante da capacidade humana de amar. Pois não somos apenas seres intelectuais, tomando decisões calculadas para agradar alguém, somos seres emocionais e físicos também (HELMINIAK, 1998:20).*

A respeito do princípio da igualdade e a não-discriminação por orientação sexual, ressalta-se o posicionamento da Congregação para a Doutrina da Fé – CDF:

*Incluir a orientação homossexual entre as características que não se pode discriminar, pode levar a se considerar a homossexualidade como uma fonte positiva de direitos humanos, conduzindo a ações afirmativas ou práticas semelhantes. Isto seria ainda mais ‘deletério’, pois, segundo a CDF, ‘não há direitos à homossexualidade’. Ou seja, a não discriminação de gays e lésbicas só constitui um direito na medida em que não hajam condutas homoeróticas. Caso contrário a discriminação pode ser legítima para a proteção do suposto bem comum. (LIMA, 2007:7)*

Sobre as uniões homoafetivas em geral e, particularmente sobre casamento homoafetivo, o entendimento oficial da igreja é de reprovação, recomendando-se inclusive a atuação nas esferas políticas institucionalizadas para impedir o seu reconhecimento jurídico<sup>20</sup>.

*Em 2003, a CDF emitiu um documento específico contra a união civil de pessoas do mesmo sexo. Os termos são bem contundentes: as uniões homossexuais são ‘nocivas’ a um reto progresso da sociedade humana, sobretudo se aumentar a sua efetiva incidência sobre o tecido social; deve-se haver oposição clara e incisiva ao seu reconhecimento legal, sobretudo dos políticos católicos; não se deve colaborar para colocar esse reconhecimento em prática e, quando for possível, recorrer-se-á à objeção da consciência. Não se deve inserir crianças nestas uniões através da adoção, pois isto significa praticar a violência contra elas, aproveitando-se de seu estado de fraqueza para introduzi-las em ambientes que não favorecem o seu pleno desenvolvimento humano.(...)*

*O ensinamento da Igreja sobre matrimônio tradicional e sobre a complementaridade dos sexos, proporia uma verdade evidenciada pela ‘reta razão’ e reconhecida como tal por todas as grandes culturas do mundo. À luz da doutrina sobre o matrimônio se condenam formas alternativas de união. (LIMA, 2007:7)*

---

<sup>20</sup> BLANCARTE (2008:29) afirma que as igrejas (...) têm todo o direito de opinar e não de impor sua visão sobre legislação e políticas públicas. O combate principal para reivindicar liberdades e direitos deveria centrar-se, sobretudo, nas mãos dos representantes populares e funcionários políticos. (...) Os dirigentes eclesiásticos têm todo o direito de expressar-se, dar sua opinião e buscar inclusive influenciar nas políticas públicas. Isso não afeta, senão fortalece nossa convivência democrática. A condição para que assim seja, é que nossos dirigentes políticos, nossos representantes populares e nossos funcionários do governo lembrem-se que sua autoridade política origina-se da gente e que as autoridades eclesiásticas e religiosas possam opinar ou fazer o que consideram adequado, sempre e quando não acabem moldando as políticas públicas com o intuito de sobrepor-se ou contrariar a vontade popular.

Para MUSSKOPF (2008:6) o “casamento” é, de fato, o pilar da sociedade heterocêntrica. Interessante sublinhar que a CDF nas suas recomendações de oposição ao casamento homoafetivo utiliza a expressão *reconhecimento legal*, o que levar a pressupor que a igreja não ignora a existência de fato dessas uniões. Mas supostamente por tais uniões não participarem dos dogmas da religião católica, deveriam estar relegadas à invisibilidade social, sem qualquer reconhecimento jurídico. Nesse sentido são proveitosas as conclusões de NAPHY (2006:39), sobre os dogmas católicos em relação ao casamento, sexo e reprodução:

*Se o fim legítimo e único do sexo é a procriação, e se o sexo é essencialmente um ato de penetração (destituído de qualquer verdadeira necessidade de prazer), então os mandamentos mantêm-se. Contudo, no mundo atual, a maioria dos monoteístas (judeus, cristãos e muçulmanos) que se diz guiar por esses e semelhantes mandamentos utiliza métodos anticoncepcionais e pratica atos sexuais que nem sempre envolvem a penetração vaginal. Segundo uma leitura restrita da Bíblia, isso significa que esses monoteístas estão a violar as regras bíblicas de maneira idêntica à dos homossexuais (...). Ao mesmo tempo que se concentram no “grão” da homossexualidade parecem ignorar o “gigante” da heterossexualidade não procriadora e não vaginal.*

Contudo, LIMA (2007) ressalta que postura do papa e da Cúria Romana sobre as questões envolvendo homossexualidade está longe de ser consenso no mundo católico. Dessa forma:

*Um aspecto que as Igrejas em geral jamais divulgam é o de que não há consenso entre os estudiosos acerca daquilo que a Bíblia realmente diz sobre homossexualidade. (...) Os trechos bíblicos normalmente citados como condenatórios da homossexualidade são os que se referem a Sodoma e Gomorra, à abominação do Levítico, a Epístola de Paulo ao Romanos e os referentes a 1 Coríntios e 1 Timóteo. Todavia, (...) esses trechos trazem condenações outras que não a homoafetividade em si, ou seja, condenam outras condutas, nas quais por acaso, a homossexualidade está envolvida. (VECCHIATTI, 2008:83-85)*

Indicando interpretação alternativa à postura oficial da Igreja Católica HELMINIAK (1998) entende que a Bíblia é inclusive indiferente à homossexualidade enquanto tal, ela não condena as relações homoafetivas como

são entendidas hoje. Assim, segundo o autor, da mesma forma que com a heterossexualidade a Bíblia só se preocupa com a homossexualidade quando suas práticas violam outros preceitos morais, alertando que sempre que se lê alguma coisa, está se fazendo uma interpretação<sup>21</sup>.

Conclui que se as pessoas quiserem saber se a homossexualidade é boa ou ruim e as relações homoafetivas são certas ou erradas terão que buscar respostas em outro lugar. Para ele a Bíblia não fornece a última palavra sobre ética sexual. Destaca-se:

*Portanto, é preciso que as pessoas parem de combater a homossexualidade meramente com citações da Bíblia, por que, se interpretada conforme seus próprios termos, a Bíblia simplesmente não se constitui em base para esta argumentação. Se as pessoas tiveram outras razões para a sua posição, precisam torná-las claras desde o início.*

*A forma pela qual se lê a Bíblia, o modo de interpretar os textos, eis aí a questão central. Não se trata de perguntar: “Quais são os textos da Bíblia sobre a homossexualidade?” Qualquer um pode fazer uma lista e citá-los. O que devemos nos perguntar é: “Como interpretar estes textos?” “Como determinar aquilo que estes textos realmente querem dizer?” (Ibid., 1998:16;23).*

Apenas para ilustrar destaca-se o trecho abaixo sobre algumas interpretações religiosas de fatos sociais ao longo da história, evidenciando os equívocos históricos da Igreja Católica:

*Se tivesse vivido em uma época mais remota da História, (...) teria visto a Bíblia ser citada para condenar Copérnico, que afirmou que o Sol não ocupava o centro do universo, e Galileu, que afirmou que o Sol não girava em torno da terra. Teria visto as idéias de Isaac Newton contestadas por uma visão bíblica de Deus que só poderia ser descrita como de magia sobrenatural. Eu teria testemunhado o ataque da igreja a Charles Darwin em nome de uma teoria que hoje é*

---

<sup>21</sup> Para HELMINIAK (1998:27) existem basicamente duas formas distintas de se interpretar a Bíblia: a leitura literal e a histórico-crítica. A primeira afirma entender o texto unicamente conforme o que ele diz. Esta é uma abordagem fundamentalista. Ela afirma não interpretar o texto, mas simplesmente lê-lo como ele é. Entretanto, é claro que até mesmo o fundamentalismo segue uma regra de interpretação. Esta regra simples e fácil, diz que a significação do texto é dada no presente por quem o lê. Já na leitura histórico-crítica a regra de interpretação diz que a significação do texto é dada por aquele que o escreveu no passado. Para afirmar qual é o ensinamento dado pelo texto bíblico hoje, primeiro é preciso compreendê-lo em sua situação original e então transportar seu significado para o presente.

*totalmente obsoleta. E, talvez, o pior de tudo teria sido assistir o uso, feito por pessoas religiosas, do texto literal da bíblia para justificar o mais desumano tratamento dado a outros seres humanos - a instituição da escravidão. (SPONG, 1998:11)*

Além de concordar que a Bíblia não condena a homossexualidade, HELMINIAK (1998) revela que outros especialistas levam a questão para o lado oposto, apontando relatos positivos sobre relacionamentos homoafetivos<sup>22</sup>.

*É evidente, portanto, a ausência de condenação da fé cristã à homossexualidade, configurando equívoco interpretativo afirmação em sentido contrário por parte de quem quer que seja – mesmo do chefe da Igreja Católica (VECCIATTI, 2008:91).*

Para BOFF (2003:62) o cristianismo *com poucas variações, nas várias expressões confessionais, (...) foi um cristianismo de conquista e de dominação. Especialmente a versão romano-católica levou essa característica até o seu paroxismo.* E prossegue:

*Esse cristianismo de dominação mostrou seu caráter dominador não só para fora, na missão, mas também internamente, nas relações entre os professantes. Ele se caracteriza por uma fortíssima centralização do poder, pela subordinação de todos os que não pertencem à hierarquia e **pela marginalização e exclusão** (...). Esse tipo de cristianismo parte do Ocidente, na forma como pensa, se organiza e fala. Ele não é universalizável. **Ele cria a homogeneização do mesmo pela via da imposição**, como ocorreu com a romanização do cristianismo no mundo inteiro, **cuja lógica mostrou ainda sua vigência com a publicação recente do Catecismo Universal da Igreja Católica** (...). (Ibid., 66)*

Apenas para argumentar, utilizando o método e os dogmas da religião cristã, BOFF (2003:68) relembra que *o Reino de Deus tem sua realização primeira nos seres mais ameaçados e nos humanos mais oprimidos e marginalizados.* Segundo essa lógica, deveria causar espanto a aversão aos

---

<sup>22</sup> HELMINIAK dá como possíveis exemplos os seguintes casos: o amor entre Jônatas e Davi; a relação entre Daniel e o eunuco-chefe de Nabucodonosor; o episódio da cura do servo do centurião realizada por Jesus (o servo e o centurião poderiam ser amantes); e a história de Rute e Naomi, da qual se retira a passagem freqüentemente lida em casamentos heterossexuais de hoje: “*Aonde fores, eu irei; aonde habitares, eu habitarei. O teu povo é o meu povo, e o teu Deus meu Deus. Na terra em que morreres, quero também eu morrer e aí ser sepultada*”, feita por uma mulher e dirigida à outra mulher. Contudo, lembra o autor que nesses trechos, assim como em todos os demais pontos da Bíblia, a homossexualidade permanece uma questão aberta.

homossexuais, indulgentemente estimulada em nossa sociedade majoritariamente cristã. Estamos longe de saber a verdadeira extensão do preconceito, a grande mídia é seletiva com as notícias que veicula e no Brasil inexitem estatísticas oficiais sobre assunto.

*Ao recusar-se a reconhecer a existência de bens e valores nas relações entre pessoas do mesmo sexo e ao considerar em bloco e taxar de imorais categorias muito diferentes de comportamento (algumas amorosas, outras abusivas etc.) a Igreja pôs em destaque sua própria crise de valores e perdeu algo de sua credibilidade moral. É por razões como estas que muitos católicos europeus consideram inadequada a doutrina da Igreja sobre as relações entre pessoas do mesmo sexo (CLAGUE, DATA:38).*

Ademais, confirmando as características de uma sociedade brasileira multicultural e diversificada, entre os cristãos evangélicos já existem igrejas que celebram o casamento religioso homoafetivo no Brasil. Elas estão presentes em pelo menos nove estados: Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Pernambuco, Piauí e Ceará.

No Rio de Janeiro a *Igreja Cristã Contemporânea* (na Lapa) foi criada há três anos e já realizou mais de dez casamentos religiosos entre homossexuais. E a *Igreja da Comunidade Metropolitana* (em Niterói)<sup>23</sup>, primeira igreja inclusiva do estado, foi fundada há cinco anos e já celebrou mais de quatorze casamentos religiosos homoafetivos. (conferir números de casamentos atualmente) BORGMAN (2008:17) esclarece que *a Igreja deve estar aberta à idéia de que as relações homossexuais podem ter uma qualidade sacramental.*

*Dentro desta perspectiva, uma teologia gay/queer também pressupõe, com relação às relações afetivas entre as pessoas, que os mesmo direitos e as mesmas formas com que são publicamente reconhecidas as relações de pessoas*

---

<sup>23</sup> O pastor Gelson Piber, da Igreja da Comunidade Metropolitana, questiona: *O problema das doutrinas cristãs é que elas são contra o sexo. Se dizem a favor da família. E nós, gays? Não podemos formar uma família?* (entrevista concedida a Karla Monteiro, *Fé entre iguais: igrejas evangélicas arrebanham fiéis casando gays e lésbicas em cerimônias quase tradicionais*. O Globo, Rio de Janeiro, 06 de abr. de 2008, Revista nº 193, p.10-11).

*heterossexuais sejam usadas para pessoas homossexuais, como no caso das “uniões homoafetivas” (MUSSKOPF, 2008:5).*

Para NAPHY (2006) o advento da religião cristã, incorporadas as tradições judaicas, deu início à virada no mundo mediterrâneo do politeísmo para o monoteísmo e do *sexo-por-prazer* para (depois de um período muito longo) o *sexo-para-procriação*. Por fim, é necessária a reflexão histórica sobre como o amor, a amizade e o sexo estavam interligados, mas não incorporados exclusivamente na instituição do casamento. Bem semelhante à situação atual das uniões homoafetivas, nas quais o sexo não tem finalidade procriativa e que se formam a partir do afeto aí incluído o sexo, quiçá não exclusivamente. Nada muito diferente das uniões heterossexuais. Assim vejamos:

*Enquanto o judaísmo desenvolvia uma doutrina do sexo e do casamento assente na procriação, o contexto cultural mais vasto continuava a entender que o sexo servia não só para procriar mais também para proporcionar prazer. Mais do que isso, entendia-se que o âmagô da ligação emocional e do sexo era independente do casamento procriador. O amor, a amizade e o sexo estavam interligados e, por vezes, podiam encontrar-se no casamento. (NAPHY, 2006:44)*

## Segundo Capítulo

### 2. NEM LOBISOMEM, NEM JACARÉ: HOMEM COM HOMEM E MULHER COM MULHER

*Os cidadãos, para serem iguais entre si, devem estar todos submetidos a uma mesma lei; e a lei, para ser igual para todos, deve estar formulada nos termos mais gerais e abstratos: referir-se, sem discriminação, a qualquer um e abranger, sem distinção, qualquer fato.*

RAMOS (2000:8-9)

Este capítulo ocupa-se em princípio da definição de família e casamento, para em seguida dedicar-se à parte central desta tese, família homoafetiva e a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo no Brasil. Assim está dividido: 2.1 Teoria clássica: família e casamento inexistente; 2.2 Novas estruturas de família; 2.3 Casamento civil homoafetivo; 2.4 Considerações sobre união estável homoafetiva.

*Homem com homem dá lobisOMEM, mulher com mulher dá jacaré*, ditado popular que repete à exaustão os papéis de gênero masculino e feminino na (des)educação de meninos e meninas. Subjacente a idéia de viés religioso que homem e mulher foram feitos um para o outro e que só assim podem, encontrar a felicidade através do casamento, da comunhão da carne e da reprodução.

A realidade é bastante diferente. E é precisamente sobre as tensões entre a diferença e a igualdade que se funda este trabalho, entre a exigência de reconhecimento da diferença e de redistribuição que permita a realização da igualdade. *Como é possível, ao mesmo tempo, exigir que seja reconhecida a diferença, tal como ela se constituiu através da história, e exigir que os “outros” nos olhem como iguais e reconheçam em nós os mesmos direitos de que são titulares?* (SANTOS & NUNES, 2003:25). É o que se deseja responder em relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo.

## 2.1 Teoria clássica: família e casamento inexistente

O que é a família? Será que ela continua sendo hoje a mesma que já foi ontem? O que a caracteriza? Quem são seus membros? Será que família é mesmo tudo igual? E como o direito dispõe sobre a família? *Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou* (DIAS, 2007:38) Busca-se aqui a compreensão atual do pluralismo das relações familiares.

*(...) Debater questões teóricas e práticas ligadas ao Direito de Família corresponde, antes de mais nada, a dois reconhecimentos: em primeiro lugar, o reconhecimento da impossibilidade da formulação apriorística de um conjunto de conceitos, regras ou definições que sejam capazes de dar conta da complexa realidade que apresenta o conjunto das relações familiares no Brasil contemporâneo. (FACHIN, 2008:121)*

Para Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz e Sílvio de Salvo Venosa a família parece ter quase a mesma definição, com poucas variações de conceitos. Todos os autores citados concordam que há diversidade de sentidos e significados jurídicos de família. Surpreendentemente, no entanto, entre si há quase unanimidade teórica sobre a aceção do termo.

Sendo assim, destaca-se: PEREIRA, C.M.S. (2006:19) aponta de início a *plurivalência semântica* do vocabulário jurídico para assinalar a diversificação de conceitos de família; para RODRIGUES (2004:4) *o vocábulo “família” é usado em vários sentidos*. VENOSA (2003:15) afirma que *nos diversos direitos positivos dos povos e mesmo em diferentes ramos do direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família*. Noutro momento destaca que *o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos* (*Ibid.*, p. 17).

DINIZ (2002:15-16) através de estruturação resumida expõe o sentido de família partilhado por todos os autores acima, havendo divergência apenas em questão de estilo, ora reproduz-se para facilitar a compreensão da teoria clássica sob análise:

*Acepções do termo família: a) Amplíssima: Abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consangüinidade e afinidade, incluindo estranhos (CC, art. 1.412, § 2º; Lei n. 8.112/90, art. 241); b) Lata: Restringe-se aos cônjuges e seus filhos, parentes da linha reta ou colateral, afins ou naturais (CC, arts. 1.591 e s.; Dec-Lei n. 3.200/41 e a Lei n. 883/49); c) Restrita: Compreende, unicamente, os cônjuges ou os conviventes e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), ou quaisquer dos pais e a prole.*

*Crítérios adotados pela lei: a) Sucessório: Família abrange os indivíduos, que por lei, herdaram uns dos outros: parentes da linha reta ad infinitum, cônjuges, companheiros e colaterais até o 4º grau (CC, arts. 1.790, 1.829, IV, 1.839 a 1843); b) Alimentar: Consideram-se família: ascendentes, descendentes e irmãos (CC, arts. 1.694 e 1.697); c) Da autoridade: Família restringe-se a pais e filhos; d) Fiscal: Para efeito de imposto de renda, a família reduz-se aos cônjuges, filhos menores, maiores inválidos ou que freqüentam universidade à custa dos pais, até a idade de 24 anos, filhas solteiras e ascendente inválido que vivam sob a dependência do contribuinte, filho ilegítimo que não more com o contribuinte, se pensionado em razão de condenação judicial; e) Previdenciário: A família compreende: o casal, filhos até 18 anos, filhas solteiras e convivente do trabalhador.*

*Sentido técnico de família: Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção.*

*Espécies de família: a) Matrimonial: Baseada no casamento; b) Não-matrimonial: Oriunda de relações extraconjugais; c) Adotiva: Estabelecida por adoção, que, juntamente com a guarda e tutela, configurará a família substituta (Lei n. 8.069/90, art. 28; CC, arts. 1.618 a 1.629); d) Monoparental: Formada por um dos genitores e a prole.*

*Caracteres de família: a) Biológico: A família é o agrupamento natural por excelência, pois o homem nasce, vive e se reproduz nela; b) Psicológico: A família possui um elemento espiritual: o amor familiar; c) Econômico: A família contém condições que possibilitam ao homem obter elementos imprescindíveis à sua realização material, intelectual e espiritual; d) Religioso: A família é uma instituição moral ou ética por influencia do Cristianismo; e) Político: A família é a célula da sociedade; dela nasce o Estado; f) Jurídico: A estrutura orgânica da família é regida por normas jurídicas, cujo conjunto constitui o direito de família.*

Nota-se que na verdade não se apresenta uma definição precisa sobre o conceito de família. Vários são os critérios adotados, talvez na tentativa de explicitar a variedade de sentidos. Depreende-se que a teoria clássica compreende a família como um grupo formado no mínimo por um homem e uma mulher, ou por estes e seus parentes ou por um dos genitores e seus filhos. Silenciam sobre a família homoafetiva, exceto quando tratam da família matrimonializada, não a admitindo pela teoria do casamento inexistente como adiante será demonstrado.

De antemão é preciso registrar que a diversidade de sentidos de família tão propalada pela doutrina clássica, certamente não se refere ao nosso tema, mas ao descompasso entre a realidade moderna, com estruturas familiares que rompem o modelo de família patriarcal, e os conceitos morais e religiosos que para todos os autores aqui mencionados integram de algum modo a definição jurídica de família. Os estudos por eles empreendidos tem como pressuposto a presunção não declarada de que só existe família heteroafetiva.

RODRIGUES (2004:6) é imediatamente o mais enfático ao asseverar que a família é *instituição que surge e se desenvolve do conúbio **entre o homem e a mulher** e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, o qual nela vê a célula básica de sua organização social.* (grifei)

Porém definir a família em função de seus membros aparenta ser uma definição incompleta. Para utilizar as espécies citadas, as famílias matrimonial, não-matrimonial, adotiva e a monoparental posto apresentarem origens e estruturas diferentes são todas famílias, segundo a CRFB/88. Também os artigos de lei citados para explicitar o conceito não a definem. A mera resposta legal não conclui seu significado. Como então saber o que seja? O elemento essencial de famílias, mesmo pela teoria clássica parece ser o afeto, podendo ela revestir-se de algumas formas conforme a classificação da lei ou a situação de fato.

Ante essa dificuldade aparente de conceituação (somente aparente como será demonstrado adiante) muito freqüentemente a doutrina mais conservadora discursa sobre a crise da família, MONTEIRO, W.B. (2004:2):

*Basta se lance, porém, rápido olhar sobre a sociedade contemporânea para que se tenha imediatamente nítida impressão da crise que assoberba a família. Vê José Arias no debilitamento das forças morais a causa desse fato evidente.*

*Nesse momento difícil, a missão do jurista é defender a instituição da família, onde quer que periclitem seus interesses, a fim de evitar-lhe a completa desagregação. Fortalecê-la, ampará-la, procurando neutralizar os elementos dissolventes, como o abandono das idéias religiosas e o temor das responsabilidades, eis seus objetivos, nas escolas e nos pretórios.*

Por outro lado, mesmo não admitindo a família homoafetiva, número considerável de autores clássicos surpreendentemente repetem quase integralmente as palavras de PEREIRA, C.M.S. (2004:27):

*Há uma nova concepção de família que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais e na medida em que os poderes privados declinam.*

DINIZ (2002:23) completa: *deveras, a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização.*

Destaca-se a diversidade de sentidos de família e as transformações pelas quais ela está passando salientadas pela doutrina clássica. Contudo, para os autores em análise o conceito de família ainda está intrinsecamente ligado ao instituto do casamento. Veja a lição de VENOSA (2003:16): *O casamento ainda é o centro gravitador do direito de família, embora as uniões sem casamento*

*tenham recebido parcela importante dos julgados nos tribunais, nas últimas décadas, o que se refletiu decididamente na legislação.*

A esse respeito vale citar ainda a explicação de PEREIRA, C.M.S. (2006:34):

*O instituto do casamento é o primeiro na ordem cronológica, pela sua importância, pela sua abrangência e pelos seus efeitos. É o casamento que gera as obrigações familiares originariamente. Certo é que existe fora do casamento, produzindo conseqüências previstas e reguladas no Direito de Família. Mas, além de ocuparem plano secundário, e ostentarem menor importância social, não perdem de vistas as relações advindas do casamento, que copiam e imitam, embora as contrastem freqüentemente. A preeminência do casamento emana substancialmente de que originam dele as relações havidas do casamento, como a determinação dos estados regulares e paragonais que, sem excluírem outros, são os que a sociedade primordialmente considera, muito embora a Constituição de 1988 tenha proibido quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º). (...)*

*O casamento é, pois, o centro e, conseqüentemente, o foco de onde irradiam as normas básicas do Direito de Família.*

Para a doutrina clássica o casamento é o instituto central do direito de famílias. Permitindo-se a conclusão de que a família estaria para o casamento e não o casamento para a família, ou seja, por esta doutrina a família se formaria a partir do casamento ou da sua imitação.

Novamente os autores apontam a dificuldade de delimitar um conceito, desta vez o conceito de casamento. VENOSA (2003:39-40) destaca:

*Inúmeras são as classificações de casamento, instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológicas. Não há, por conseqüência, uniformidade nas legislações e na doutrina. (...)*

*Evidentemente, a conceituação de casamento não pode ser imutável. No passado, por exemplo, quando inexistia o divórcio entre nós, cabível nas definições a referência à indissolubilidade do vínculo. Destarte, a noção de casamento não pode ser imutável, como sói acontecer com a compreensão de todos os fenômenos sociais que se modificam no tempo e no espaço.*

Sobre o aspecto da transformação conceitual do instituto do casamento vale citar PEREIRA, C.M.S. (2006:52):

*É óbvio que a noção conceitual do casamento não pode ser imutável. As idéias que convinhavam ao povo hebreu do Velho Testamento, que satisfaziam o grego, que agradavam aos romanos, que vigiam na Idade Média, e mesmo as que predominavam no Século XX – já não atendem as exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.*

Mais uma vez, em que pese às considerações sobre ser o casamento, assim como a família, um instituto que se modifica frente às transformações da nossa sociedade, há na doutrina clássica consenso de que ele só existe para regular o relacionamento de homens e mulheres entre si. Sendo impossível o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para RODRIGUES (2004:19) *Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.* Veja ainda o que ensina VENOSA (2003:42):

*Sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole. Há um sentido ético e moral no casamento, quando não metafísico, que extrapola posições que vêem nele, de forma piegas, mera regulação de relações sexuais. **Outra sua característica fundamental é a diversidade de sexos. Não há casamento senão na união de duas pessoas do sexo oposto. Cuida-se de elemento natural do matrimônio. A sociedade de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma união de direito de família; se direitos gerar, serão do campo obrigacional.** Ainda que se defenda mais recentemente a proteção à relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva, qualquer legislação nesse sentido deve alterar o*

*preceito constitucional, o qual, tanto para o casamento, como para a união estável, estabelece a diversidade de sexos (art. 226, § 3º). De qualquer modo, tudo é no sentido de que haverá um momento histórico no futuro no qual essa modalidade de relacionamento receberá um tratamento legislativo. (grifei)*

Com o devido respeito, o momento histórico salientado acima já chegou a alguns países, nas palavras do presidente do governo espanhol, Luís Rodríguez Zapatero<sup>24</sup>, não se trata de legislar para gente distante e estranha. No Brasil a impressão é que se está imputando as mesmas penas aplicadas noutros tempos às uniões concubinárias até receberem o tratamento de união estável, ou aos casais separados de fato que precisavam viajar para o exterior para tentarem o divórcio.

É equivocado o raciocínio jurídico que trata o sentimento e o afeto como fatos jurídicos determináveis pelo direito, ainda mais quando busca legitimidade na espiritualidade ou na religião, como fazem todos os autores clássicos em análise. Nenhuma norma jurídica tem o condão de regular o desejo e o afeto humano ou, de outro modo, a invisibilidade jurídica das uniões homoafetivas praticada pela doutrina clássica não fará com que essas uniões deixem de existir.

Vale dizer, nas palavras de MONTEIRO, W.B (2004:27) *se indagarmos sobre os fins que impelem duas pessoas ao casamento e as norteiam na vida conjugal, verificaremos, então, que o homem e a mulher buscam encontrar o bem comum, que é a felicidade.* E por que isso não se aplicaria da mesma forma aos casais homossexuais? Ou ainda como leciona PEREIRA, C.M.S. (2006:60):

*O legislador não se preocupou em buscar características ou definições para o casamento, indicando, apenas, um pressuposto básico: “A comunhão plena de vida”. Nele identificamos uma relação*

---

<sup>24</sup> Destaca-se talvez o trecho mais emblemático do último pronunciamento de Zapatero no Parlamento espanhol, no dia da votação do projeto de lei que garantiu o direito ao casamento civil a todas as pessoas, independente do sexo: *No estamos legislando, señorías, para gentes remotas y extrañas, estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos, para nuestros familiares y la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus mimbros.* (MELLO, 2007:177)

*de afeto, de comunhão de interesses e, sobretudo, respeito. Estes elementos devem estar presentes nas formas diversas de convivência familiar (...).*

Ainda assim é preciso destacar os argumentos da teoria do casamento inexistente por constituir o meio pelo qual a doutrina clássica nega reconhecimento às famílias homoafetivas e a possibilidade jurídica do casamento de pessoas do mesmo sexo. Nas palavras de DINIZ (2002:55-57):

*O Código Civil não trata, expressamente, das condições indispensáveis à existência jurídica do casamento, por entender desnecessária a sua enumeração uma vez que concernem aos elementos naturais do matrimônio que, de per si, já são evidentes.*

*A teoria do casamento inexistente formou-se em torno do Código de Napoleão, através dos comentários feitos pelo alemão Zachariae em 1808, (...). Essa doutrina aponta três requisitos essenciais ao casamento, cuja inobservância faz com que careça de valor jurídico, reputando-se inexistente: diversidade de sexo, celebração e consentimento.*

*O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes (CC, art. 1.514). Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nero e Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á casamento inexistente, uma farsa. Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial. Se, porventura, o magistrado deparar com caso dessa espécie, deverá tão-somente pronunciar sua inexistência, negando a tal união o caráter matrimonial.(...)*

*Casamento em que se tem identidade de sexos, (...) não é matrimônio; trata-se de um nada, como o ato nupcial realizado na ribalta entre atores, desempenhando um papel, sendo lícito a qualquer pessoa desconhecer de direito e de fato tal vínculo, que inexistente nenhum efeito produz, mesmo provisório. Não é casamento nulo, nem anulável pois nem mesmo chega a ser um matrimônio. Não é necessário que sua ineficácia seja declarada por decisão judicial porque nunca existiu juridicamente. (Grifei)*

Peço licença para discordar, pois a teoria do casamento inexistente se assenta no argumento de autoridade. Como bem ensina ÁVILA (2005) é uma espécie de idolatria do preestabelecido, trata as hipóteses científicas como dogmas, como se elas pudessem ser verdadeiras em razão do argumento de autoridade e, não, da autoridade do argumento. Ou ainda nas lições de MAIA

(2005) *argumentar significa, acima de tudo, fornecer razões que dêem suporte a determinadas conclusões; é, basicamente, uma atividade de justificação.*

Assim, não basta a mera afirmação como faz PEREIRA, C.M.S. (2006:131):

*(...) Embora nenhum texto o proclame, o matrimônio assenta no pressuposto fático da diversidade de sexos. Em todo tempo. Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência legislativa.*

Ou como faz VENOSA (2003:116):

*(...) Ainda que o texto legal não proclame, a diversidade de sexos é essencial para o casamento, em todas as civilizações. A união de pessoas do mesmo sexo, se admitida, refoge ao conceito de casamento. Não admitimos casamento com identidade de sexos. As uniões homossexuais nunca terão estado de casamento nem a índole de família, ao menos no atual estágio de nossa história. Essas uniões devem merecer regulamentação de outra natureza. Se faltar esse requisito, a união de pessoas do mesmo sexo nada mais é do que aparência, simulacro de casamento.*

A teoria do casamento inexistente sustentada pela doutrina clássica não se assenta em parâmetros seguros e controláveis de justificação racional. Afirmar que *sempre foi assim* não é argumento jurídico, tampouco o argumento adquire validade por ter sido desenvolvido por doutrinadores renomados. Vale destacar a preciosa lição de VEIGA (2000:130): *desenvolver respeito por nossa ignorância é o único jeito de desenvolver conhecimento confiável, já que, sem esse respeito por sua ignorância inteligente, você nunca poderá pôr em questão a sabedoria da autoridade.*

Há contradição na teoria de família defendida pelos autores clássicos: primeiro informam sobre a diversidade de conceitos de família, apresentam variadas conceituações, não obstante silenciarem sobre a família homoafetiva (porque têm como pressuposto a família heteroafetiva), chegando mesmo a negá-la através da teoria do casamento inexistente; em seguida afirmam que o conceito

de casamento não é imutável, mas defendem que a diversidade de sexos é pressuposto fático do casamento e que não pode haver casamento homoafetivo porque sempre foi assim em toda a história, em todos os ordenamentos jurídicos.

Para explicitar a incoerência e a falta de consistência dos argumentos da teoria clássica de família e casamento é preciso expor novamente os conflitos e as contradições internas desta teoria ao concluir pela impossibilidade jurídica da família e do casamento homoafetivos. Desse modo, atente-se para a flagrante incoerência de DINIZ (2002:17) ao tratar dos princípios de direito de família:

*1. Princípio Da “Ratio” do Matrimônio: Segundo esse princípio, o fundamento básico do casamento e da vida conjugal é a feição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida. (...) 4. Princípio do Pluralismo Familiar: Reconhecimento da família matrimonial e de entidades familiares. (...) 6. Princípio da Liberdade: Livre poder de formar uma comunhão de vida (...) 7. Princípio do Respeito da Dignidade da Pessoa Humana: Garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar. (Grifei)*

Ainda sobre os caracteres do casamento DINIZ (2002:45) destaca a *liberdade na escolha do nubente, por ser o matrimônio um ato pessoal*. Mas assinala que a liberdade é para a escolha de pessoa do sexo oposto, porque a diversidade de sexos seria um *elemento natural* do ato nupcial.

Destaca-se também a incoerência de VENOSA (2003:30) ao citar MUNIZ:

*(...) As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família*

Por fim, para se passar à análise do conceito de família formulado pela doutrina minoritária, lembra-se que *a ciência é um processo de busca da verdade. Não é uma coleção de “verdades incontestáveis”*. É, todavia, uma

*disciplina autocorretiva* (CRUZ & RIBEIRO, 2003:23). E a doutrina jurídica que se pretende científica deve estar atenta a tal regramento.

*A verdade, genericamente, consiste em alguma conformidade entre o intelecto e as coisas* (*ibid.*, 2003:24). Destaca-se as palavras de PEREIRA, C.M.S. (2006:64), pelas quais resta claro que a teoria clássica já não consegue responder cientificamente à realidade familiar do nosso tempo:

*Não se pode negar que a vida em casal, composta de um homem e uma mulher, não é a única forma de vida comunitária. O casamento, até então, tem se mostrado como a mais organizada e freqüente, mas, nem por isto, pode-se desconhecer como válida a convivência entre pessoas do mesmo sexo, a qual dia a dia se torna mais freqüente. Mais ou menos assumida, suscita dificuldades para a vida social e, sobretudo, para a identificação de seus efeitos jurídicos. Embora os costumes já a tolerem com certa liberalidade, autorizando o reconhecimento de direitos patrimoniais aos parceiros, ainda não se operou o seu reconhecimento formal como “família” para admiti-lo, finalmente, como “entidade familiar”.*

Conclui-se, os argumentos da teoria clássica em relação à família e ao casamento civil homoafetivo estão assentados no preconceito, posto que não há justificação jurídico-racional para a discriminação empreendida pela teoria do casamento inexistente. Essa teoria é formulada de costas para a CRFB/88 e para as garantias por ela introduzidas através dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Pela teoria clássica o Judiciário brasileiro continua dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito (DIAS, 2007). *Assim, cabe perguntar: qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros? A resposta é só uma: é o próprio direito à família* (BARROS, 2004:612).

Nas palavras de DIAS (2004a:13), *o imobilismo é confortável. Não gera questionamentos. Repetir o modelo que está aí, aceitar o que está posto como verdade possui outras vantagens: garante aceitação geral, não suscita*

*discussões, além do que, é claro, não dá o mínimo trabalho. Contrapõe ainda à teoria clássica do casamento inexistente a teoria do casamento existente, e através de simples manejo de palavras expõe a fragilidade da teoria clássica, denunciando o injusto preconceito sobre o qual ela está fundada:*

*A tentativa de transformar o casamento em um ato invisível, como pretende boa parte da doutrina, só serve para mostrar que não existe casamento inexistente. É de todo descabido afirmar que o casamento inexistente é um nada jurídico, não gerando qualquer efeito (...). Trata-se de uma *contradictio in adiectio*, ou seja, uma contradição em si mesma: se é ato, é porque existe, e, se não tem existência, não é ato, brigando entre si as palavras mesmas. Não há como dizer que não existe, que não pode gerar qualquer efeito, algo que existe materialmente, no plano fático. Independentemente da existência de algum vício em sua constituição, o casamento produziu uma enorme gama de relações jurídicas. (...)*

*Nem com referencia ao casamento homossexual se pode afirmar sua inexistência para o efeito de subtrair-lhe efeito jurídico na hipótese de sua celebração. Seria sustentar o que já vem sendo considerado insustentável: que a diversidade de sexo é da essência do casamento, situando-se no plano da “natureza das coisas”. Invocar as forças da natureza, para negar reconhecimento às uniões homoafetivas, é retroagir meio século. Dita concepção parte da equivocada idéia de que a homossexualidade é uma doença, que afronta a natureza, assertiva que só encontra justificativa no preconceito.*

*Assim, a idéia de inexistência é inconveniente e inútil; (...) Portanto, a necessidade de distinguir casamento nulo de casamento inexistente, no fundo, nada mais é do que uma forma de repúdio ao casamento de pessoas do mesmo sexo.*

*(Id., 2007:250-52)*

Por fim, vale destacar PERROT (1993:75-81) para dar seguimento ao debate e iniciar a abordagem da doutrina minoritária de família:

*Quem fala da pulverização da família moderna faz implicitamente referência a uma idade de ouro situada no passado. Citam-se com frequência a Idade Média ou mesmo o século XIX como momentos de equilíbrio ideal. Trata-se de uma ilusão de ótica. A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas. Toda sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades e fala-se em “decadência” freqüentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos. (...) Isso não significa que a família, tal como a herdamos do século XIX, não esteja se estilhaçando neste final de milênio. Na maioria dos países*

*industrializados, casa-se cada vez menos e cada vez mais tarde. Mais raros e mais tardios, esses casamentos são menos duráveis (...).*

*O filho não é mais a finalidade básica do casal, mesmo se permanece o objeto de um investimento afetivo reforçado. Mas é o filho-indivíduo, e não tanto o descendente, o herdeiro, que se inscreve no núcleo das representações sociais (...).*

*Qual o tipo de família, de cultura familiar que estamos em via de romper? Se a família é uma realidade muito antiga – tanto quanto a humanidade, quem sabe? –, ela tem uma história que se inscreve na longa duração demográfica, na média duração econômica e até mesmo na curta duração política, com os acontecimentos e as intervenções do Estado modificando às vezes os comportamentos familiares.*

*Nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, a família que herdamos do século XIX era investida de um grande número de missões. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalentes aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos “interesses particulares”, cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade. (...)*

*Essa família celebrada, santificada, fortalecida era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhe seu nome, o chefe e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. (...)*

*As rupturas a que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno do século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava uma idéia nova na Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida –, apoderou-se de cada um. Especialmente das categorias mais dominadas da sociedade (...).*

*Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é cada vez mais o centro da existência. O lar oferece num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando esboçam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, **menos sujeitas à regra e mais ao desejo**. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho. (grifei)*

## 2.2 Novas estruturas de famílias

*Apesar da dificuldade em definir família, essa instituição se mantém como organizadora da sociedade ocidental contemporânea. Adquire, ao longo dos tempos, configurações diversas e é sempre possível anexar mais uma ao rol das existentes.*

UZIEL (2007:19)

A família mudou. E essa transformação continua a acontecer diante de nossos olhos. *O conceito de família precisou ser reinventado em face das alterações ocorridas no modelo tradicional dos vínculos familiares* (DIAS, 2004b:393). Ainda assim a evocação da idéia de família remete a um modelo idealizado que não encontra mais proteção exclusiva na legislação. A família nuclear, matrimonializada, concorre com novas formas de realidades familiares.

*As famílias são diferentes entre si e as famílias mudam; portanto, é muito difícil associar uma única moralidade a elas. Muitas vezes, quando se fala sobre moralidade familiar, trabalha-se com a idéia de moralidade como algo estanque ou parado, mas, de fato, da mesma maneira que as famílias vão mudando, também vão mudando noções de moralidade na família. A legislação fornece um quadro que representa a moralidade de uma certa época.* (SCOTT, 2005:43)

Para RAMOS (2000:39) família

*(...) é a palavra que traduz, simultaneamente a um fenômeno eminentemente histórico, uma história de vida, envolvendo laços fortes, selando destinos e interesses diversos, assim como modelos de hierarquia, relações de poder e processos de negociação interna, sendo interpretada usualmente com um sentido de participação, de comunidade de vida, tanto no plano da realização pessoal, quanto no âmbito material. Núcleo de solidariedade e desenvolvimento da pessoa e de proteção de sua dignidade.*

Se a doutrina clássica continua a debater o conceito de família, como se fosse impossível encontrar um elemento comum entre as novas estruturas familiares, isso se deve ao fato de entenderem a família como um instituto inafastavelmente ligado ao casamento. Para a CFRB/88 e para o CC a família é um conceito aberto, exatamente para se promover a proteção jurídica de todos os

tipos de comunidades de família não mencionados expressamente na lei. O entendimento é que família é um instituto mais amplo do que o casamento.

*Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo de família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com a identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a idéia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. (DIAS, 2007: 40)*

Destaca-se o entendimento de Heloisa Szymansk *apud* PEREIRA, T.S. (2004:649), ao exemplificar nove tipos de comunidades de família, mas lembrando que a realidade pode ser bem mais diversificada do que a simples descrição teórica. Para a referida autora a família pode assumir as seguintes formas:

1. família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos biológicos;
2. famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações;
3. famílias adotivas temporárias (...);
4. famílias adotivas que podem ser bi-raciais ou multiculturais;
5. casais;
6. famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe;
7. casais homossexuais com ou sem crianças;
8. famílias reconstituídas depois do divórcio;
9. várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.

E recomenda ainda que se encare o grupamento familiar como

*um núcleo em torno do qual as pessoas se unem por razões afetivas, dentro de um projeto de vida em comum em que compartilham um cotidiano e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se (...). (Ibid, p. 649)*

Para Rodrigo da Cunha Pereira *apud* DIAS (2004b:396) família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente.

Assim:

*A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2007:53)*

Para PEREIRA, T.S. (2004:651) além dos sentimentos de amor e afeto a caracterização de família deve ser acrescida de outros valores jurídicos. *O “reconhecimento do estado de fato” se apresenta, a cada dia, como elemento identificador das relações familiares, indicando alguns grupos humanos nos quais a interação e as responsabilidades se sobrepõem aos modelos tradicionais.*

ROUDINESCO *apud* GROENINGA (2004:261) identifica *que o propósito da família atual é o de dar oportunidade aos indivíduos de desenvolver seu potencial de realização e felicidade.* Argumenta ainda que a finalidade ética de cada disciplina está no respeito às diversas formas de famílias, na compreensão da natureza familiar e na utilização do conhecimento a seu serviço e não na tentativa de dominá-la.

*Enfim, tendo por epicentro o afeto e por centro o lar por ele constituído e mantido, os direitos humanos de famílias – tanto o direito fundamental à família, quanto os direitos operacionais de família – não mais podem ser recusados a nenhuma outra forma de entidade familiar que exista na sociedade brasileira, além das expressamente declinadas no art. 226 e seus parágrafos da Constituição. Ainda mais, porque a enumeração feita pelo Constituinte não veio como numerus clausus para fechar a evolução do direito de família, mas sim como numerus apertus a todas as entidades e realidades familiares que – existentes diante do direito constitucional da família brasileira – por ele não podem ser ignoradas de nenhum modo. Se ainda são esquecidas pela legislação, ao menos devem ser lembradas, por ora e de imediato, pela jurisprudência e pela doutrina constitucionais. (BARROS, 2004:619-20)*

Segundo VECCHIATTI (2008:242) a prova definitiva de que o amor é fundamental para a caracterização da família juridicamente protegida é que

*relacionamentos de amizade estáveis não geram uniões estáveis no conceito técnico-jurídico de entidade familiar.*

A afetividade jurídica, segundo os ensinamentos de LÔBO (2008) encontra previsão constitucional através do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CRFB/88), do princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da CRRB/88) e do princípio da convivência familiar e comunitária (art. 227, caput, da CRFB/88). *A Constituição não faz referência expressa ao princípio da afetividade, mas ele emerge de todo esse conjunto normativo (Ibid., p. 255).*

Como se denota a família não é mais formada exclusivamente pelo casamento. Aliás, o texto constitucional previu expressamente nos parágrafos do art. 226 da CRFB/88, além da família matrimonializada, outros tipos comuns de entidades familiares. *A preocupação do Constituinte se voltou para a proteção constitucional das entidades familiares, não só do casamento, como também daquelas que – em virtude da própria dinâmica da evolução social – irromperam ao lado do casamento. (BARROS, 2004:615)*

RAMOS (2000:2) cunhou a expressão *família sem casamento que serve para designar relações interpessoais de natureza familiar, entre casais não unidos pelo matrimônio*. E, na medida em que do ponto de vista fático os homossexuais ainda não se casam civilmente no Brasil, também é uma expressão aplicável às uniões homoafetivas.

*Vista sob o ângulo do discurso jurídico, a família sem casamento é uma situação de fato, envolvendo uma realidade sócio-afetiva, que aflora espontaneamente no mundo real, engendrando um relacionamento de tipo familiar, que contraria a natureza dos negócios de direito de família, caracteristicamente típicos, formais, nominados, legítimos.*

*Esta família informal que, como formação sócio-jurídica, é um dado de fato, existe em função da realização de exigências humanas, envolvendo um espaço de solidariedade e colaboração mútuas, tanto no plano afetivo, quanto no plano material, aí incluído o patrimonial.*

*A despeito de sua tipicidade social, esta situação da vida de relação surge fora do direito, na acepção de sistema jurídico vigente, assim se considerando pelo fato de seu início e continuidade independerem de observância de qualquer formalidade estabelecida em lei, existindo a partir da demonstração de traduzir um núcleo de interesse surgido entre um casal unido sexualmente, que mantém entre si um vínculo simplesmente de afeto. (RAMOS, 2000:40)*

Jean Carbonier *apud* RAMOS (2000:4) *sustenta que o direito estatal deve concorrer com ordens jurídicas independentes, uma vez que existem vazios de direito nas sociedades. Não se pode negar a grande dificuldade dos homossexuais, em ter reconhecidas as entidades familiares que constituem. Mas difícil se sustenta a defesa de que o homossexual não estaria apto a constituir uma família, ou a receber a proteção estatal sobre seu envolvimento afetivo com outrem, pois o rol apresentado pelo § 3º do art. 226 da Lex Major jamais poderá ser considerado taxativo, mas sim, exemplificativo (BAHIA, 2006:107).*

A família homoafetiva, formada por pessoas do mesmo sexo, é lastreada no afeto familiar e recebeu expressa proteção da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), *que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (LMP 5.º, III) qualquer relação de afeto (DIAS, 2007:41).*

*Se a negativa de emprestar direitos às uniões homoafetivas tinha por fundamento a ausência de lei, esta desculpa já não serve mais. A Lei Maria da Penha, de forma até repetitiva (LMP 2.º e 5.º parágrafo único), ressalva a orientação sexual de quem se sujeita à violência doméstica. Como a lei veio proteger a mulher vítima da violência doméstica familiar, definiu e albergou no seu conceito as uniões homoafetivas (...). (DIAS, 2007:46)*

*(...) Hoje, a família oriunda de uma união forma-se através do amor que vise uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, sentimento este que é o amor familiar que forma a família juridicamente protegida contemporânea – família esta que independe da existência de filhos e mesmo de capacidade procriativa do casal, uma vez que a Constituição Federal em nenhum momento dispôs dessa forma. Isso porque deixou a família de derivar*

*do antigo trinômio “casamento, sexo e procriação” para se formar, atualmente, por meio do amor que os companheiros nutrem um pelo outro em sua união, nos termos expostos no início deste parágrafo. Nesse sentido, a união homoafetiva forma, sim, tanto uma família quanto uma família juridicamente protegida, assim como a união heteroafetiva, haja vista existir naquela o mesmo amor existente nesta. (VECCHIATTI, 2008:242)*

Para BARROS (2004:619) em relação à família homoafetiva *nada justifica excluir dos direitos humanos nenhum dos seus integrantes – inclusive as crianças adotadas ou, mesmo, as procriadas como filhos por inovadores processos de concepção e gestação.*

### **2.3 Do casamento civil homoafetivo**

Neste sub-capítulo será analisada a possibilidade do casamento civil homoafetivo ante o atual ordenamento jurídico brasileiro, através dos institutos jurídicos da interpretação extensiva e da analogia.

*O casamento civil é um direito, é um regime jurídico disponibilizado às uniões amorosas para que sejam protegidas pelo Direito e que precisa respeitar a sistemática do ordenamento jurídico (VECCHIATTI, 2008:276).*

No Brasil o casamento civil só surgiu em 1891. Segundo ensina DIAS (2007:137), *o conceito de família, identificado com o casamento indissolúvel, mereceu consagração em todas as Constituições Federais do Brasil.* Atualmente, no entanto, a indissolubilidade do vínculo conjugal, o requisito da diversidade de sexos, a finalidade procriativa ou de regulação da atividade sexual não podem mais ser considerados elementos de caracterização do casamento civil.

*É de se notar, ainda, que o casamento civil não é um sacramento da Igreja Católica ou de qualquer religião que seja* (VECCHIATTI, 2008:276). Neste particular remete-se às considerações iniciais sobre a laicidade do Estado brasileiro.

E mesmo para a corrente teórica clássica que, por apego às tradições, considera possuir o casamento possui natureza jurídica de instituição imutável, a partir do momento em que qualquer instituição social é inserida no ordenamento jurídico deve estar consentânea aos princípios que regem a ordem jurídica em questão. Vale dizer, qualquer formulação legal, doutrinária ou jurisprudencial sobre casamento deve respeitar os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser reputada inconstitucional.

Conforme ensina DIAS (2007:139) *casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos*

*Apesar de não definir casamento, a lei declina sua finalidade (CC 1.511): estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Também prevê seus efeitos e atribui encargos e ônus ao casal (CC, 1.565): homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...) No entanto, o aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico. (Ibid., 2007:140).*

Deve-se ressaltar que a não extensão do direito de famílias para a proteção das uniões homoafetivas constitui uma injusta discriminação jurídica, que afronta os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Tais uniões não são mera sociedade de fato e não podem receber o mesmo tratamento jurídico destinado às relações comerciais ou às relações concubinárias. Isso porque nelas se verifica o elemento formador da família moderna, isto é, o afeto, a solidariedade familiar.

O estudo do casamento civil homoafetivo adquire expressiva relevância para a garantia de direitos de minorias sexuais, pois é somente com o casamento civil ou com a união estável que um casal pode auferir os benefícios do direito de famílias. *As únicas figuras jurídicas que protegem as uniões amorosas em nosso atual ordenamento jurídico são o casamento civil e a união estável, donde se torna indispensável serem elas estendidas aos casais homoafetivos* (VECCHIATTI, 2008:255).

*Neste sentido, uma vez prevalente o modelo jurídico atual, o matrimônio se posiciona como forma privilegiada de relação, o que não há como afastar, pois a partir da celebração do casamento, devidamente registrado e, por via de consequência, passível de comprovação a qualquer momento, uma situação jurídica automaticamente se constitui, dela decorrendo a estabilidade e certeza do vínculo familiar, tanto no plano pessoal, quanto no patrimonial, salvo hipótese de declaração de sua invalidade, ou dissolução da relação jurídica.* (RAMOS, 2000:53)

Em momento anterior demonstrou-se que a teoria do casamento inexistente não deve subsistir. Mas, a partir da redação do art. 1.514 do CC, a doutrina e jurisprudência em geral ainda consideram a diversidade de sexos como condição de existência do casamento civil. Ou seja, afirmam que duas pessoas do mesmo sexo só poderiam se casar se a lei fosse expressa nesse sentido, por esta interpretação haveria assim uma *proibição implícita*.

Vale destacar que o art. 1.521 dispõe sobre os impedimentos matrimoniais, ou seja, as proibições explicitamente arroladas pela lei que ensejam a nulidade ou anulabilidade do casamento civil, não se encontrando a coincidência de sexos dos nubentes entre tais proibições. De outro modo, a lei não define família, casamento, tampouco identifica o sexo dos nubentes e dentre os impedimentos expressos não se encontra a coincidência de sexos. *É de se lembrar que não existem “proibições implícitas” em Direito, ante o teor do art. 5.º, II, da CF/1988, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei* (VECCHIATTI, 2008:261).

Com o devido respeito, afirmar sem provar é o mesmo que não afirmar. Assim, é imperioso afirmar que não há impedimento ao casamento homossexual por inexistência de vedação constitucional ou legal.

*Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculariza a realização do casamento é somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária de casamento inexistente tem como único ponto de sustentação alegada impossibilidade do casamento homossexual.*

*O só fato de a lei estabelecer (CC 1.565) que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família não significa que esteja limitando o casamento a heterossexuais. Simplesmente o que está afirmando é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham que estar casados com pessoas do sexo oposto. Tanto é assim que vem aumentando o número de países que admitem o casamento entre pessoas independentemente do sexo do par. (DIAS, 2007:144).*

Outro argumento utilizado pelos opositores da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo diz respeito à norma contida no art. 226, § 3º da CRFB/88, que recomenda a conversão em casamento da união estável entre o homem e a mulher. Ora, mais de uma vez já se demonstrou que uma norma de inclusão no âmbito de proteção do direito de famílias de estruturas familiares não matrimonializadas, não se presta a exclusão de outras maneiras de organização familiar. Além disso, a norma em questão sequer declina sobre as uniões homoafetivas, não se permitindo interpretar que há proibição implícita.

Como ensina PEREIRA, R.C. (2005) a recomendação contida em tal dispositivo continuará sem aplicabilidade e inócua. Pois é muito mais fácil casar diretamente do que converter uma união estável em casamento. Vale destacar:

*A inserção da possibilidade de se converter uma união estável em casamento foi a vitória das forças conservadoras na Assembléia Constituinte de 1988. Está muito mais ligada a um valor moral do que propriamente a um meio facilitador e prático para regularizar uma*

*relação sem vínculo formal. Converter em casamento tais uniões soa como uma “salvação”, que retiraria as pessoas de uma relação inferior, de segunda classe, para resgatar-lhes a dignidade do casamento. (Ibid., p. 228)*

Ainda assim muitos autores alinhados com a nova doutrina do direito de famílias, que reconhece o afeto como o elemento anímico da família moderna, equivocam-se ao adotar a interpretação clássica e não admitir o casamento civil homoafetivo. Nem sequer enfrentam diretamente a questão do casamento civil, recomendando apenas a aplicação do instituto da analogia para se reconhecer tão somente a união estável homoafetiva.

Desse modo, para MACEDO & ALEXANDRE (2003:15), por exemplo,

*pode-se concluir que a tentativa de equiparação da união homossexual ao casamento, pelo nosso ordenamento, não é juridicamente possível; uma vez que mais do que um simples contrato, o casamento carrega em sua essência noções de família com características institucionais de interesse do Estado tendo como requisito a dualidade de sexos e a capacidade para reprodução como características fundamentais.*

Ou ainda conforme BAHIA (2006:105) não se pode defender a tese

*da possibilidade de existência de “casamento” propriamente dito entre pessoas do mesmo sexo, vez que, em conformidade com o conhecido conceito jurídico do referido vocábulo, tal desiderato se entremostra impossível de ser concretizado.*

Também para BRITO (2000:35) a qualificação da união homoafetiva, *como uma forma de casamento, é erro resultante de uma visão excessivamente contratualista do matrimônio, e que despreza, também, elementos essenciais da noção de família.*

Novamente há utilização do argumento de autoridade. Repetindo-se todo o raciocínio contraposto à teoria do casamento inexistente. Ademais, ao se aceitar somente a aplicação análoga do instituto da união estável, estaríamos solapando a liberdade de casais homossexuais poderem casar civilmente e condenando tais

uniões à informalidade compulsória e permanente. Mais uma vez se destaca a questão da ilegitimidade das decisões da maioria, num Estado de Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB/88), tendentes a limitar arbitrariamente os direitos de minorias, neste caso uma minoria sexual.

*É de se notar que o casamento é tido pela sociedade como a consagração máxima de uma união amorosa, praticamente como um selo de qualidade e respeitabilidade da referida união* (VECCHIATTI, 2008:354). Assim, casais homossexuais também devem ter direito a constituir uma família matrimonializada.

Com efeito, *a norma (CF 226) é uma clausula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade* (DIAS, 2007:187). As uniões homoafetivas, mesmo sem a diversidade de sexo do par, atendem a tais requisitos. Originam-se em um vínculo de afetividade e constituem uma entidade familiar merecedora da tutela jurídica.

*Nem a Constituição nem o Código Civil impõem a diversidade de sexo dos noivos como condição para a celebração do casamento. Assim, para sustentar a existência de casamento inexistente, invoca-se como exemplo o casamento homossexual. Ora, se esse exemplo, até há algum tempo, poderia servir, hoje se tornou praticamente imprestável para tal fim. A diversidade de sexo do par não é mais um elemento essencial para o casamento, ao menos em alguns países (Holanda, Bélgica, Espanha e Canadá, por enquanto), que autorizam o casamento de duas pessoas sem preocupação com o sexo ou a orientação sexual dos noivos. Se a divergência de sexo não está na lei e o casamento não tem mais a procriação por finalidade, talvez, como alerta Luiz Edson Facchin, haja equívoco na base da formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade de sexos como pressuposto do casamento.* (DIAS, 2007:248)

Os principais efeitos jurídicos do casamento são conseqüências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres, disciplinados por normas jurídicas. Para NASCIMENTO (2003:15-16)

os principais efeitos do casamento distribuem-se em três classes: social, pessoal e patrimonial:

### **3.1. Efeitos Sociais do Casamento**

- 1) *Constituição da família matrimonial (CF, art. 226, §§ 1º e 2º e CC art. 15130;*
- 2) *estabelecimento do vínculo de afinidade entre cada cônjuge ou companheiro e os parentes do outro (CC, art. 1.595, §§ 1º e 2º);*
- 3) *emancipação do consorte de menor idade (CC, art. 5º, único, II);*
- 4) *constituição do estado de casado.*

### **3.2. Efeitos Pessoais do Casamento**

- 1) *Fidelidade mútua (CC, arts. 1.566, I e 1.573, I);*
- 2) *vida em comum, no domicílio conjugal (CC, arts. 1.566, II, 1.797, I; CPC, art. 990, I);*
- 3) *mútua assistência (CC, 1.566, III, e 1.573, III);*
- 4) *sustento, guarda e educação dos filhos (CC, 1.566, IV);*
- 5) *respeito e consideração mútuos (CC, 1.566, V e 1.573, III);*
- 6) *igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher (CC, art. 1.511; CF, art. 226, § 5º);*
- 7) *direitos e deveres dos pais para com os filhos (CF, arts. 227 e 229; Lei nº 8.069/90).*

### **3.3 Efeitos Jurídicos do Casamento**

- 1) *Relações econômicas subordinadas ao regime matrimonial de bens (CC, 1.639 a 1.652);*
- 2) *doações antenupciais (CC, 546, 1.647, único, e 1.668, IV);*
- 3) *bens reservados da mulher;*
- 4) *administração da sociedade conjugal (CC, 1.567, 1.570);*
- 5) *instituição do bem de família (CC, 1.711 a 1.722);*
- 6) *dever recíproco de socorro (CC, 1.565 e 1.568);*
- 7) *direito sucessório do cônjuge sobrevivente (CC, 1.829, 1.830 e 1.845).*

Nesse momento é conveniente a contraposição da lista de direitos negados aos pares homoafetivos, conforme matéria da revista *Superinteressante*, de julho de 2004, citada por VECCHIATTI (2008:250):

- 1) *não podem adotar o sobrenome do seu par;*
- 2) *não podem somar rendas para aprovar financiamentos;*
- 3) *não podem somar rendas para alugar imóveis;*
- 4) *não podem inscrever seu par como dependente perante o serviço público;*
- 5) *não podem incluir seu par como dependente em planos de saúde;*
- 6) *não podem participar de programas do Estado vinculados à família;*

- 7) não podem inscrever seu par como dependente da previdência;
- 8) quando seu par for funcionário público, não podem acompanhá-lo quando for transferido;
- 9) não tem reconhecida a impenhorabilidade do imóvel onde residem;
- 10) não tem garantia de pensão alimentícia no caso de separação;
- 11) não tem garantia à meação automática de bens em caso de separação; (precisando comprovar quanto efetivamente contribuíram, por meio da citada da “teoria da sociedade de fato”);
- 12) não podem assumir a guarda do(a) filho(a) de seu par;
- 13) não podem adotar em conjunto;
- 14) não podem adotar o(a) filho(a) do seu par;
- 15) as mulheres homossexuais não tem direito a licença no caso de nascimento de filha da parceira (por inseminação artificial, por exemplo, o que poderia ser resolvido por uma analogia à licença paternidade);
- 16) não têm licença-maternidade/paternidade se seu par adotar um(a) filho(a);
- 17) não recebem o abono-família;
- 18) não tem licença-luto, para faltar ao trabalho em caso de morte de seu par;
- 19) não recebem auxílio-funeral;
- 20) não podem ser inventariantes do(a) parceiro(a) falecido(a);
- 21) não tem direito à herança;
- 22) não tem garantia à permanência ao lar quando o(a) parceiro(a) morre;
- 23) não tem usufruto dos bens do(a) parceiro(a) falecido(a);
- 24) não podem alegar dano moral se o(a) parceiro(a) for vítima de crime (embora isso seja, no mínimo, discutível);
- 25) não tem direito à visita íntima caso um(a) deles(as) esteja preso(a);
- 26) as mulheres homossexuais não podem acompanhar a parceira durante o parto;
- 27) não podem autorizar cirurgias de risco;
- 28) não podem ser curadores do(a) parceiro(a) declarado juridicamente incapaz;
- 29) não podem fazer declaração conjunta de Imposto de Renda (IR);
- 30) não podem abater do Imposto de Renda (IR) os gastos médicos e educacionais do(a) parceiro(a);
- 31) não podem declarar o(a) parceiro(a) como dependente do Imposto de Renda (IR);
- 32) não são reconhecidos (os casais homoafetivos) como entidade familiar; mas apenas como “sócios” (através da citada “teoria das sociedades de fato”, fato este que não lhes permite a meação patrimonial sem prova efetiva da contribuição à construção do patrimônio do(a) parceiro(a), o que não é exigido dos casais heteroafetivos);
- 33) não têm suas ações judiciais julgadas pelas varas de família (que estão mais habilitadas a tratar das questões envolvendo as famílias, ou seja, as questões oriundas de agrupamentos humanos ligados pelo amor familiar).

Como ensina VECCHIATTI (2008), deve-se concluir que no caso do casamento homoafetivo há uma lacuna na lei e não uma proibição implícita, posto que não haja expressa vedação legal. Além disso, sempre que a lei for omissa sobre determinados fatos aplica-se a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, por determinação dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

Dada a omissão legal sobre as uniões homoafetivas, tanto no sentido de não proibi-la quanto de não regulamentá-la, deve-se verificar se tal lacuna não é passível de supressão mediante interpretação extensiva ou analogia. Destaca-se a lição de VECCHIATTI (2008:261-62):

*(...) Em hipóteses de omissão legal, a proteção jurídica ofertada à situação expressamente citada pela norma deverá ser estendida à situação não-citada caso esta seja idêntica ou fundamentalmente idêntica à regulamentada, por meio da interpretação extensiva ou analogia, respectivamente. (...) Isso se faz pela interpretação teleológica, por meio da qual se analisa o verdadeiro intuito (objeto de proteção) do texto normativo (...). Em outras palavras, deve-se verificar se existe na situação não citada pelo texto normativo o mesmo elemento valorativamente protegido naquela por ele expressamente citada – se existir, estende-se o regime jurídico à situação não-mencionada, por meio da interpretação extensiva ou da analogia.*

Ora, o elemento protegido pelos institutos do casamento civil e da união estável é a família. No sub-capítulo anterior demonstrou-se que as uniões homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, devendo por isso mesmo receber especial proteção jurídica do direito de famílias e não serem tratadas como meras sociedades de fato. Por esse prisma as uniões homoafetivas são idênticas às heteroafetivas, pois se constituem a partir do afeto familiar.

*(...) O direito brasileiro reconhece um pluralismo de fontes, recepcionando soluções não estatais como fundamento para as decisões dos conflitos de interesses, v.g. o recurso à equidade, aos costumes, aos fins sociais da lei, às exigências do bem comum.*

*Neste sentido os artigos 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 126, do Código de Processo Civil, vedam a omissão no decidir fundamenta em lacuna da lei, remetendo o julgador para busca de uma solução nos costumes, na analogia e nos princípios gerais do*

*direito, o artigo 127, do Código de Processo Civil faculta ao juiz decidir por equidade nos casos previstos em normas legais, (...) nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária é facultado que o juiz se afaste dos critérios de legalidade estrita (Código de Processo Civil, art. 1109). (...) No entanto, mesmo vigentes normas que facultem realizar uma leitura menos distorcida da realidade social, a prisão ao princípio da completude do sistema jurídico e o respeito à legalidade estrita, aliados aos critérios tradicionais de interpretação da lei, fazem com que nossos tribunais por vezes rejeitem o reconhecimento de um direito plural, em nome da sua certeza e da separação dos poderes. (Ramos, 2000:17-19) (Grifei)*

*Nesse sentido, é de se lembrar que o pressuposto da interpretação extensiva é o de que o legislador apenas exemplificou na redação do dispositivo legal, ao citar a situação mais corriqueira (VECCHIATTI, 2008:263). Dessa forma, é aplicável a interpretação extensiva à lei do casamento civil para possibilitá-lo às uniões homoafetivas (Ibid., p. 265).*

Apenas para argumentar, na hipótese de se considerar que as uniões homoafetivas e heteroafetivas são diferentes tão somente pela coincidência ou diversidade de sexos, ainda assim deve ser reconhecida a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo. Pois superada essa aparente diferença é preciso reconhecer que ambas as uniões são idênticas no essencial, isto é, são formadas pelo amor familiar. Impondo-se, portanto, o reconhecimento por analogia da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo.

*Disso decorre uma inconstitucionalidade por omissão, na medida em que o benefício concedido aos casais heteroafetivos é legítimo: estes evidentemente tem o direito de se casar civilmente e de auferir os citados benefícios do casamento civil. A inconstitucionalidade consiste apenas no fato de a lei não abarcar expressamente as uniões homoafetivas em seu âmbito, sendo que a inconstitucionalidade por omissão enseja necessariamente a extensão do regime jurídico à situação não-citada/não-regulamentada por meio da interpretação extensiva ou da analogia, como exigência da isonomia. (Ibid., 2008:272)*

No entanto, majoritariamente a doutrina e a jurisprudência consideram haver proibição implícita ao casamento civil homoafetivo, constante do art. 1.514 do CC. VECCHIATTI (2008) propõe alternativamente a inconstitucionalidade do

artigo destacado, por meio das técnicas da interpretação conforme a Constituição ou da declaração de nulidade sem redução de texto. Destaca-se:

*(...) Tem-se que a lei do casamento civil (assim como a da união estável) é flagrantemente inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia no que tange à suposta restrição de dito regime jurídico apenas às uniões heteroafetivas. (...) Tem-se por inconstitucional o art. 1.514 do Código Civil em virtude da suposta “proibição implícita” do direito ao casamento civil a homossexuais por ofensa direta ao princípio da isonomia. (...) Assim, se nem a doutrina nem a jurisprudência trazem uma correlação lógico-racional entre a discriminação jurídica que defendem e o critério de discriminação por elas erigido, então é flagrantemente inconstitucional a proibição do casamento civil homoafetivo por afrontar o preceito isonômico. (VECCHIATTI, 2008:279-81)*

Apesar da possibilidade jurídica em tese do casamento civil homoafetivo tal não ocorre na prática, antes pela recusa dos cartórios competentes em celebrar a união fundada na interpretação da proibição implícita, do que indiferença dos casais homossexuais, como se nota pelas ações judiciais cada vez mais numerosas de pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva e também pela experiência comparada de países que passaram a permitir expressamente o casamento civil de pessoas do mesmo sexo.

Assim, conforme ensina VECCHIATTI (2008:285) os casais homossexuais encontram-se obrigados a *ingressar com uma ação declaratória de possibilidade jurídica de casamento civil pelo procedimento ordinário*. Indica ainda que a possibilidade jurídica do pedido tem fundamento nas técnicas hermenêuticas de interpretação, como a interpretação extensiva e a analogia.

A nomenclatura *casamento civil* e *união estável* devem ser aplicadas às uniões homoafetivas para garantir a isonomia jurídica quando comparadas às uniões heteroafetivas. Além do que o casamento civil e a união estável estão protegidos pelo direito de famílias, âmbito de inserção das uniões homoafetivas através do estudo sistemático do direito.

*Hoje não existe uma lei de “união civil” ou de “parceria civil” disponível a homossexuais (que, se vier a existir, deverá garantir a eles os mesmos direitos conferidos aos heterossexuais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, por afronta à isonomia), donde resta irrefutável a necessidade da extensão de ditos regimes jurídicos aos casais homoafetivos, como consequência lógica do princípio da isonomia, por meio da interpretação extensiva ou da analogia. (Ibid., 2008:256)*

A respeito do argumento do *casamento civil* ser um instituto destinado exclusivamente para as uniões heteroafetivas, é interessante comparar a experiência da Espanha que desde 2005 permite o casamento homoafetivo, através de modificação do Código Civil espanhol, que passou a estabelecer que o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos quando ambos os contratantes sejam do mesmo ou de diferente sexo.

*As principais organizações de defesa dos direitos civis de gays e lésbicas espanholas, (...) argumentavam que a definição de outro instrumento jurídico, que não o casamento, para regular os vínculos afetivo-sexuais entre gays e lésbicas, constituiria clara discriminação, por colocar em patamares legais diferenciados relações que deveriam receber tratamento igualitário na esfera pública. Beatriz Gimeno, Presidenta da FELGT, por exemplo, ao falar em entrevista sobre esta questão, destacou que, quando se aprovou o direito ao voto para mulheres, esse novo direito continuou a ser chamado “voto”, ainda que se dirigisse a um segmento social diferente do dos homens. Da mesma forma, ao se estender o direito ao casamento para outro segmento social – no caso, gays e lésbicas –, não haveria porque nomear de maneira diversa de matrimônio (a expressão mais usual em castelhano para referir-se a casamento). (...) Só deve haver um tipo de matrimônio, universal em sua igualdade de direitos para todos. (MELLO, 2007:174)*

Vale destacar ainda a reflexão de VECCHIATTI (2008:277):

*(...) Com relação às colocações de que deveria ser elaborada uma legislação específica às uniões homoafetivas, é de se notar que o casamento civil já é uma união civil. Se já existe uma união civil para regulamentar uniões amorosas, para que criar outra união civil também para regulamentar uniões homoafetivas?*

*A regulação do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo não deve supor uma quebra do instituto do matrimônio constitucionalmente garantido (MELLO, 2007:182). Se neste momento as uniões homoafetivas provocam desafios e*

alterações na concepção heterocêntrica de casamento, certamente sua admissão sob a figura matrimonializada produzirá mais tarde o fortalecimento deste instituto (trata-se apenas de uma constatação sem juízo valorativo<sup>25</sup>).

A moral e as crenças que já formaram ideais de amor, sexo e casamento não são mais as mesmas de hoje. Na última metade do século XX, as relações afetivas sofreram grandes alterações. Demonstrou-se que as uniões homoafetivas constituem atualmente verdadeiras entidades familiares. Podendo-se afirmar que o casamento civil constitui um direito dos casais homoafetivos que desse modo desejarem constituir família, ainda que a lei assim não declare de modo expreso.

Mas o atual ordenamento jurídico brasileiro, especificamente a lei do casamento e a CFRB/88, já permite tal possibilidade através da integração da lacuna legislativa referente às uniões homoafetivas por interpretação extensiva ou por analogia. Ao contrário da teoria clássica, conclui-se haver neste caso uma presunção de *permissão implícita*. Às uniões homoafetivas devem ser assegurados todos os direitos garantidos às uniões heteroafetivas, especialmente o direito ao casamento civil e à adoção conjunta.

Por fim, destaca-se as palavras de Bernard I. Murstein, *apud* MACEDO & ALEXANDRE (2003:13), que em suas previsões sobre o futuro do casamento conclui:

*haverá uma ampla variedade de tipos e estilos de casamento, mas a natureza experimental e inovadora restringir-se-á como atrativo a uma minoria relativamente audaciosa. (...) Na medida em que declina a influência teológica, a sexualidade perde ainda mais o seu significado simbólico, podendo ser encarada no futuro como um agradável passatempo recreativo.*

---

<sup>25</sup> Neste particular, RIOS (2007:126-127) defende que existe *possibilidade real de avanços na concretização jurídica (legal e jurisprudencial) de novas modalidades de comunidade familiar, além das figuras do casamento e da união estável. (...) Às uniões de pessoas do mesmo sexo, diante da regulação jurídica familista, apresentam-se ao menos duas alternativas: deixar-se assimilar (com o risco de aceitação mediante a anulação do universo de possibilidades de novos arranjos interpessoais, além do patrimonialismo, da generificação das relações sociais e de moralismos hegemônicos) ou cumprir a função de transformação, pelo acréscimo de novas alternativas e fundamentos, ao conhecimento e à prática do direito de família.*

## 2.4 Considerações sobre a união estável homoafetiva

Em que pese o instituto da união estável seja conexo ao tema do casamento civil, não se abordará diretamente tal questão, por envolver exame mais profundo acerca da inconstitucionalidade ou incompatibilidade de normas constitucionais originárias. Controvérsia que assim como as teorias do casamento inexistente e da proibição implícita, entretém grande parte da doutrina tão apegada à inacreditáveis elucubrações.

Além disso, sobre união estável homoafetiva já existe alguma literatura. Um pouco por repetição a doutrina incipiente vai reconhecendo a união estável homoafetiva, sem se dedicar à questão do casamento civil ou mesmo negando esta última possibilidade, como se as uniões homoafetivas pudessem apenas ser tuteladas pela união estável. Há quase um entendimento tácito, mesmo por parte dos autores dedicados à defesa dos direitos de gays e lésbicas, de que o casamento é uma instituição heterossexual, não se prestando à regulação da família homoafetiva.

Cabe uma breve descrição. Primeiro é muito freqüente encontrar entendimento doutrinário de que a união estável é instituto inferior ao casamento e de fato ela assegura menos direitos se comparados os dois institutos. Porém, sem se empreender a análise jurídica dessa discriminação, tal não deveria ocorrer, pois a união estável, assim como o casamento, é reconhecida pela CFRB/88 como uma entidade familiar, não havendo hierarquia entre os institutos.

Segundo, este entendimento parece ser ainda decorrente da época em que se tinha no direito de famílias a figura da família legítima, estabelecida através do casamento indissolúvel. Época em que as uniões estáveis eram consideradas uniões de segunda categoria. E parece que ainda há resquícios dessa categorização ao se analisar, por exemplo, a questão do direito sucessório.

Ou seja, o casamento ainda possui maior prestígio social e mesmo para o direito subsistem diferenciações indevidas entre os institutos. Não seria correto admitir que as uniões homoafetivas estejam condenadas apenas à forma da união estável para garantir a proteção do direito de famílias, a não ser que se considerem as uniões homossexuais como uniões de segunda categoria, assim como no passado foram as uniões estáveis, entendimento este que já não pode prevalecer.

Os fundamentos das uniões de casais homoafetivas são fundamentalmente idênticos aos do casamento ou da união estável. O vínculo que os une, à semelhança dos demais casais, é o afeto, que gera efeitos jurídicos. Aponta-se a tese defendida por VECCHIATTI (2008:309), sem, no entanto, desenvolver seus argumentos, que pelas mesmas razões expostas quanto ao casamento civil homoafetivo

*(...) é imperiosa a aplicação do instituto da interpretação extensiva ou da analogia nos casos de uniões estáveis homoafetivas, para se evitar a total inconstitucionalidade ou incompatibilidade do disposto no § 3.º do art. 226 da Constituição Federal em relação aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.*

Vale destacar ainda BARROSO *apud* VECCHIATTI (2008:322) para quem a não aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, *afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre parceiros quanto das relações com terceiros*, posto que tais uniões constituem verdadeiramente uma entidade familiar e não mera sociedade de fato.

*Todavia, embora a analogia [e também a interpretação extensiva] tenha o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais, o reconhecimento destas uniões ao direito de família prescinde da união estável como paradigma, pois se uma emenda constitucional da retirasse da carta da carta a previsão da união estável, sem mais nada, o procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e atualizá-*

*lo, reconhecendo tanto a pertinência da união estável quanto das uniões homossexuais; e, portanto, a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência da união estável, cuidando-se, pois, mais que uma analogia, de comunhão de características do conceito de família às duas situações.* (GIORGIS, 2001:142)

Destaca-se também o entendimento jurisprudencial ainda minoritário de Tribunais dos estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro admitindo o reconhecimento da união estável homoafetiva. Por fim, é necessário mencionar a existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132), de 27.02.2008, impetrada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sr. Sérgio Cabral, visando o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.

É recorrente os professores se socorrem do provérbio jurídico *quem pode mais, pode menos* para ilustrar uma situação em que haja mais direitos garantidos por um determinado instituto jurídico em relação a outro instituto. Contudo, o mesmo não ocorre entre o casamento e a união estável porque não há hierarquia entre estes institutos, mas no caso das famílias homoafetivas não é errado afirmar que admitida a possibilidade jurídica do casamento civil, também há que se reconhecer a possibilidade de convivência em estado de união estável.

Por fim, destaca-se a sensata afirmação de MELLO (2008:24):

*No campo dos direitos parentais e conjugais, a demanda mais legítima, justa e inegociável para gays e lésbicas no Brasil seria a abertura do direito ao casamento para todos os casais, independentemente do sexo de seus integrantes, incluindo o direito à adoção conjunta de crianças.*

## Terceiro Capítulo

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

#### 3.1 O direito como um sistema de normas superáveis

Para BUSTAMENTE (2005) o direito pode ser compreendido como um sistema de normas superáveis. E a partir dessa premissa desenvolve uma teoria que visa a sustentar a possibilidade de decisões contra *legem*, através de metanormas específicas. Para o referido autor,

*(...) as decisões contra legem são, em certas situações, simplesmente inevitáveis, sob pena de flagrante incoerência e irracionalidade no sistema jurídico como um todo. As conexões axiológicas que existem entre as mais diferentes normas – sejam princípios ou regras – que compõem o ordenamento jurídico indicam a possibilidade de se afastar, em certos casos, a aplicação de certas normas jurídicas válidas, sem contudo proclamar definitivamente a invalidade delas ou perder contato com o sistemas jurídico. (...) A recusa que muitos juristas costumam demonstrar em decidir contra a lei às vezes não passa de um preconceito, cuja origem provavelmente está na falta de instrumentos teórico-metodológicos para justificar tal tipo de decisão. (BUSTAMANTE, 2005:3-5).*

A sentença favorável numa ação declaratória de possibilidade jurídica de casamento civil homoafetivo deve ter como fundamento o instituto da interpretação extensiva ou da analogia. Donde se conclui que a teoria da superabilidade das normas jurídicas e das decisões contra *legem* é mais abrangente do que a defesa da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, posto que a aplicação em concreto dos de tais institutos jurídicos da interpretação extensiva e da analogia não contraria a coerência do nosso sistema jurídico. Ao inverso, é a negativa da sua incidência que cria uma situação de insegurança jurídica.

De qualquer forma, para aqueles que não admitem o casamento de pessoas do mesmo sexo pela justificativa da teoria do casamento inexistente ou da

proibição implícita, é necessário opor o argumento de BUSTAMANTE (2005:234) de *que existem certas incidências excepcionalíssimas de regras jurídicas em que sua aplicação viola a Constituição, apesar de, nos casos normais, não se cogitar de qualquer incompatibilidade com a Lei Superior*. Ou seja, ainda que houvesse maneira de prosperar a interpretação da proibição implícita do casamento homoafetivo, tal não seria passível de aplicação no caso concreto sob pena de ofensa à CRFB/88.

Assim, mesmo que não admitida a aplicação dos institutos da interpretação extensiva ou da analogia por uma visão equivocada dos conceitos de família e casamento, há situações excepcionais, no caso a família homoafetiva, imprevistas e imprevisíveis quando da criação da norma sobre casamento civil que ensejam a aplicação da teoria da superabilidade das normas jurídicas e das decisões contra *legem*. Mais uma vez sendo imperioso reconhecer a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo.

*Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela. (...) É justamente a partir dos postulados da razoabilidade, da coerência e da proporcionalidade – cujos conteúdos precisam ser especificados ao máximo para tornar a justificação jurídica uma empresa racional – que é possível decidir contra legem. (BUSTAMANTE, 2005:240)*

Sob qualquer ângulo não há como deixar de admitir a possibilidade do casamento civil como um direito de gays e lésbicas. A ausência de leis não significa inexistência de direitos, não pode o juiz deixar de decidir diante do caso concreto. Muda o tempo, mudam os costumes e as uniões homoafetivas a partir da promulgação da CRFB/88 galgaram o *status* de entidades familiares, portanto, merecedoras da proteção do direito de famílias.

*O juiz desrespeita a lei e deixa de cumprir com o seu dever toda vez que nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei. Não se pode deixar de visualizar, nessa postura omissiva, nítida intenção punitiva, o que acaba cancelando injustiças e dando ensejo*

*a enriquecimento sem causa. Não se lhe cabe julgar as opções de vida das partes e chegar a resultado que se afaste da ética. Deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, devendo centrar-se, exclusivamente, na apuração dos fatos para encontrar solução justa. (DIAS, 2007:187)*

A família homoafetiva pode inclusive assumir a forma de família matrimonializada através do casamento civil. Pois, somente o fato de não haver expressa disposição de lei não é suficiente para afastar tal possibilidade, sob risco de se negar validade a todo o sistema jurídico.

*(...) um sistema jurídico perfeito é algo irrealizável, haja vista que seria necessário, para a sua criação, existir uma regra para cada comportamento humano imaginável. Os enunciados jurídicos são, por conseguinte, condicionados à manutenção da situação fática para a qual foram concebidos. (BUSTAMANTE, 2005:233)*

É o que ocorre com a lei civil do casamento. Se em outros tempos pessoas do mesmo sexo não vivam como uma entidade familiar, isso já não é mais verdadeiro. Tanto que a Lei Maria da Penha ao definir expressamente a união homossexual como uma das formas de família somente acompanhou tais modificações sociais.

### **3.2 Considerações sobre a experiência brasileira: legislação e jurisprudência**

Provou-se que pela interpretação teleológica da lei do casamento civil, de acordo com as técnicas de integração do sistema jurídico, não se encontra óbice à possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Assim, o entendimento é pela falta de necessidade de uma nova lei civil específica para regulamentar as uniões homoafetivas, posto que a lei civil já existe, que é a lei do casamento. Vale destacar o entendimento de DIAS (2007:191):

*A partir da nova definição de entidade familiar, trazida pela Lei Maria da Penha, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. (...) O avanço é*

*significativo, visto que coloca um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. A eficácia da nova lei é imediata, passando as uniões homossexuais a merecer especial proteção do Estado (CF 226).*

Dessa forma, ainda de acordo com a lição de DIAS (2007), todas as ações judiciais envolvendo questões sobre uniões homoafetivas deverão ser redistribuídas das varas cíveis para as varas de família. Além disso, após a normatização da família homoafetiva levada a efeito pela Lei Maria da Penha

*(...) restam completamente esvaziados todos os projetos de lei em tramitação e que visam a regulamentar a união civil ou a parceria civil registrada. Esses projetos perderam o objeto, uma vez que há lei conceituando entidade familiar, não importando a orientação sexual de seus partícipes. (DIAS, 2007:191)*

Sob o aspecto jurisprudencial, conforme a exposição de VECCHIATTI (2008) merece ser destacada a iniciativa do Procurador da República Dr. João Gilberto Gonçalves Filho, que em 18 de janeiro de 2005, ingressou com Ação Civil Pública na qual requer o reconhecimento legal do casamento civil homoafetivo perante o ordenamento jurídico brasileiro. Processo 2005.61.18.000028-6, em trâmite perante a Justiça Federal da Comarca de Guaratinguetá.

Ainda de acordo com o referido autor também se destaca a decisão inédita do Juiz Roberto Arriada Lorea, da 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre que

*(...) julgou procedente a ação de dissolução de união estável homoafetiva (Processo 001.181.480-80) formulada pelos autores. (...) Já em 2005 proferira sentença que, além de reconhecer a união estável homoafetiva, afirmou que o próprio casamento civil é possível ser contraído por homossexuais, por força do princípio da igualdade. “(...) À luz do artigo 3.º, inciso IV, da Constituição Federal, conforme fundamentação supra, tenho que (não apenas a união estável, mas também) o casamento, nos moldes como atualmente regulado pelo legislador, é um instituto passível de ser acessado por todas as pessoas, independente de sua orientação sexual...”. Em decisão mais recente, afirmou o magistrado com perfeição que: “O casamento civil*

*é um direito humano – não um privilégio heterossexual. (Ibid., p. 297-303)*

*Em um passado não muito distante, a justiça, nas raras vezes em que reconhecia a existência das uniões homossexuais, conferia-lhes apenas efeitos de ordem patrimonial, intitulando-as como sociedade de fato (DIAS, 2007:189). No entanto, começa a surgir uma nova orientação jurisprudencial através de esparsas decisões em todo o país sobre a natureza familiar das uniões homoafetivas. Nesse sentido, destaca-se:*

*O Tribunal Superior Eleitoral, ao proclamar a inelegibilidade (CF 14 § 7.º) nas uniões homossexuais, reconheceu que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que a sujeita à vedação que só existe no âmbito das relações familiares. Ora, se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, mister é que sejam assegurados também todos os direitos e garantias a essas uniões no âmbito do direito das famílias e do direito sucessório. (Ibid., 2007:189-190):*

Segue abaixo a ementa da decisão em análise:

**REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

*Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.*

*Recurso a que se dá provimento.*

(Tribunal Superior Eleitoral. REsp Eleitoral nº 24564/Visu-PA. Procuradoria Regional Eleitoral no Pará e outros *versus* Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. Acórdão de 01 de out. de 2004)

Até o presente momento não é possível destacar o entendimento do STF sobre o casamento civil ou união estável homoafetiva. Nas palavras de VECCHIATTI, (2008:499):

*Em verdade, ainda não se pode falar na existência de um posicionamento acerca da possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que não houve julgamento de nenhum recurso por nenhuma de suas Turmas ou de ação direta ou declaratória de constitucionalidade por parte do órgão Pleno do Excelso Tribunal.*

Por outro lado, em decisão recente o STJ começou a mudar sua jurisprudência sobre as uniões homoafetivas, até então consideradas por este Tribunal como *sociedades de fato*, ao analisar os direitos de um casal homossexual com o entendimento de direito de famílias e não do direito patrimonial. A decisão não analisa o mérito, contudo permite o julgamento pelas varas de famílias estaduais das ações envolvendo questões decorrentes da união homoafetiva. Segue a ementa:

*PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.*

*1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.*

*2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.*

*3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.*

*4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.*

*5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto*

*derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.*

*6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.*

*5. Recurso especial conhecido e provido.*

(Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4). Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Acórdão de 02 de set. de 2008)

Por fim, não há um entendimento jurisprudencial consistente sobre união estável homoafetiva, tampouco sobre o casamento civil homoafetivo. Fato que torna ainda mais relevante o desenvolvimento da teoria da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo. *Ou a interpretação teleológica é aplicada em todos os casos ou não deve sê-lo em nenhum, sob pena de arbitrariedade em sua utilização, o que é evidentemente inadmissível* (VECCHIATTI, 2008:511).

### **3.3 Conclusões: o direito combatendo preconceitos**

*A sexualidade é da ordem do desejo, e pode estar totalmente fora das normas, embora estejamos sempre procurando aquilo que é normal, aquilo que está dentro das normas. Será que é possível enquadrar a sexualidade dentro de uma norma, dentro de uma normalidade?* (PEREIRA, R.C. 2008:281)

Não é tarefa fácil terminar o presente trabalho. Muitos assuntos conexos ao tema do casamento civil homoafetivo ficaram pendentes por falta de tempo para melhor desenvolvê-los, sobretudo e com pesar a questão da homoparentalidade e do direito homoafetivo comparado.

Partiu-se do pressuposto de que a homossexualidade é uma situação de fato, não é pecado, não é crime, não é doença. Desse modo, constitui um dos aspectos da identidade humana e assim como as outras formas de orientação sexual e afetiva, inclusive a heterossexual, recebe proteção jurídica dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

*A homossexualidade (a atração e os atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo) tem sido uma componente da vida humana. Nesse sentido, não pode ser considerada antinatural ou anormal (NAPHY, 2006:283). Em todas as épocas e em todas as culturas houve mulheres e homens que sentiram atração por pessoas do próprio sexo. Dentro desta visão geral, é perfeitamente possível falar-se de uma constante na história da humanidade (RECK, 2008:13).*

Cada vez mais visíveis as relações amorosas entre homossexuais não pode continuar a ser ignorada pelo direito. Tanto é assim que o Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre a natureza de tais uniões. E, inobstante a postura cômoda e conservadora de boa parte da doutrina, nota-se uma mudança incipiente de orientação jurisprudencial, sobretudo pela recente decisão do STJ no REsp nº 820.475. Vale destacar:

*A ausência de lei não significa inexistência de direito. Tal omissão não quer dizer que são relações que não mereçam a tutela jurídica. (...) Vencer o preconceito é uma luta árdua, quem vem sendo travada diuturnamente, e que, aos poucos, de batalha em batalha, tem se mostrado exitosa numa guerra desumana (DIAS, 2007:183)*

É sobre o preconceito que se assenta a teoria clássica do casamento inexistente e da proibição implícita do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não existem razões lógico-jurídicas para que continue a prosperar, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer forma de discriminação injusta. A sustentação da teoria clássica se dá tão somente pelo argumento de autoridade,

que não é método científico. Aliás, a teoria clássica constitui verdadeira ofensa à CRFB/88.

Com efeito, as uniões homoafetivas desde a CRFB/88 adquiriram *status* jurídico de verdadeira comunidade familiar, idênticas às uniões heteroafetivas. Entendimento este sustentado pela moderna doutrina de direito de famílias que encontra no afeto o elemento comum em qualquer estrutura familiar. A Lei Maria da Penha acompanhando tal evolução definiu expressamente a família homoafetiva. Assim é que as uniões homoafetivas que *visam a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura* constituem uma entidade familiar através da união estável.

A lei do casamento civil não impõe qualquer impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Há uma lacuna legislativa, na verdade uma permissão implícita. O casamento civil visa à proteção das relações amorosas que tenham como fundamento o amor familiar. E a partir da sua celebração origina-se a família matrimonializada.

*Ou seja, considerando que a isonomia veda a discriminação arbitrária; considerando que é arbitrária a concessão de menos direitos às uniões homoafetivas do que às heteroafetivas; considerando que a interpretação extensiva e a analogia decorrem da isonomia; então é plenamente possível o casamento civil homoafetivo pela interpretação extensiva ou pela analogia, tendo em vista que as uniões homoafetivas formam famílias e que a família contemporânea é formada pelo amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura. (VECCHIATTI, 2008:278).*

Mesmo com a sensação de incompletude, acredita-se que os objetivos do presente trabalho possam ter sido alcançados pela abordagem de um tema de relevância social, ainda sem solução jurídica adequada. Sobretudo tendo em conta que a universidade não pode estar encastelada, produzindo para si mesma, quase como um novo gênero de ficção científica, estéreis e infecundas teses que nada têm da realidade.

*A universidade, além de um locus de produção de conhecimento, é também uma instituição que deve interferir na realidade que a cerca e transpassa. Ela pode, e deve, usar a sua bagagem, estrutura e capacidade para promover ações que contribuam para o desenvolvimento social e humano (BORTOLINI, 2008:54).*

Espera ter-se contribuído para ampliar o entendimento do direito não apenas como um *mero instrumento de estabilização, passando a vê-lo com fator de transformações mais ou menos radicais da sociedade pela ação de novas leis* (DAVID 1996:6). Mais uma vez a experiência espanhola sobre o casamento civil homoafetivo merece destaque:

*Uma alteração jurídica aparentemente singela, mas que significa a ruptura da norma heterocêntrica que tem pautado as concepções de família, casamento, conjugalidade e parentalidade na história de quase toda a humanidade (...). No mundo psíquico e privado dos sujeitos a homofobia ainda é um sentimento e uma prática muito frequentes, mas na esfera pública a visibilidade das condutas discriminatórias e preconceituosas contra gays, lésbicas e transexuais não encontra mais o mesmo acolhimento social. (...) É certo que à medida que gays e lésbicas passam a usufruir dos novos direitos legais assegurados, a homofobia começa a se tornar um atributo social inaceitável, ainda que o aumento da visibilidade tenha como contrapartida a necessidade de que homens e mulheres heterossexuais se acostumem a esse cenário. (MELLO, 2007:170-171).*

O casamento civil não é uma dádiva divina, tampouco um atributo da heterossexualidade. É um direito de gays e lésbicas, que não encontra óbice ao seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe lembrar que preconceito não constitui argumento jurídico, pelo contrário é vedado por lei. *Ou seja, o casamento em si não é um conteúdo nem uma relação. É uma das formas contratuais que podem recobrir ou não determinados conteúdos relacionais* (ALMEIDA, 2007:162).

*(...) Os modelos legislados de uma sociedade em mutação devem estar atentos para a necessidade de acompanhar essas mudanças sob pena de se tonarem anacrônicos e inúteis. Os códigos da contemporaneidade devem ser tais, portanto, que sejam não apenas abertos e permeáveis às novas visões, mas que sejam*

*despojados de preconceitos e de ranços próprios do passado, para quem contenham regras e normas de efetiva eficácia e ajuste com o raclamo social atual. (HIRONAKA, 2008:64)*

Em nossa sociedade tão homofóbica o casamento civil homoafetivo não representará a conquista de plena igualdade jurídica e social por gays e lésbicas, mas sem dúvida será o instrumento jurídico apto a regular as relações amorosas homoafetivas, a garantir todos os direitos decorrentes do estado matrimonial e a dar adequadas soluções, dentro do direito de famílias, aos conflitos que hoje se submetem ao arbítrio de juízes mais ou menos reacionários.

*Assim, o casamento – e também a adoção – não pode ser visto como a nova panacéia para todos os males, antes de tudo porque, para casar-se com alguém do mesmo sexo, é preciso estar minimamente confortável com sua orientação sexual e confiante de que suas escolhas amorosas e sexuais são tão dignas quanto às do restante da sociedade. Sem isso, não é possível assumir o ônus que a publicização desse casamento implica, que pode se traduzir em homofobia familiar, no círculo de amigos, na vizinhança e no trabalho. (MELLO, 2007:172)*

*O século XXI começa com a legalização do casamento homossexual em algumas legislações (DOLINGER, 2007:100), eis mais uma contribuição para manter vivo em terras brasileiras o debate sobre o direito homoafetivo, para que gays e lésbicas desse país possam ter o direito de casar antes do próximo século; eis mais uma contribuição para combater a homofobia tão presente em nossa sociedade e quebrar a invisibilidade da temática homossexual que precisa ser discutida, sobretudo na faculdade de direito de uma universidade católica.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Miguel Vale de. O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre “gentes remotas e estranhas” numa “sociedade decente”. *In: GROSSI, Mirian et. al. (Orgs.). Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p.153-169.

ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. 118p.

ÁVILA, Humberto. Prefácio. *In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAHIA, Claudio José Amaral. *Proteção Constitucional à homossexualidade*. Leme: Mizuno, 2006. 196p.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 607-620.

BLANCART, Roberto. O porquê de um Estado laico. *In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 19-32.

BOFF, Leonardo. *Civilização Planetária: desafios à sociedade e ao cristianismo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. 144p.

BORGMAN, Erik. A homossexualidade é bem-vinda quando conduz a uma “boa vida”. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. 253ª ed.. São Leopoldo, p.16-17, 07 abr. 2008. Entrevista concedida a Graziela Wolfart.

BORTOLINI, Alexandre. *Diversidade sexual na escola*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008. 62p.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000. 120p.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 354p.

CARDOSO, Nancy. Padrão hétero: uma verdade imutável? *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. 253ª ed.. São Leopoldo, p.22-24, 07 abr. 2008. Entrevista concedida a Graziela Wolfart.

CEZAR, Denise Oliveira; SEFFNER, Fernando; LOREA, Roberto Arriada. Apresentação. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 15-18.

COSTA, Maria Emília Corrêa da. Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 97-128.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. Homossexualidade: múltiplas faces da sexualidade humana. *Psique, ciência e vida*. São Paulo, nº 09, edição especial, p. 42-47, ano III, 2008.

CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. *Metodologia Científica: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2003. 222p.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3ª ed., trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 558p. Título original: *Lês grands systèmes du droit contemporains*.

DIAS, Maria Berenice. A Justiça e a Laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 139-144.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 610p.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 184p.

\_\_\_\_\_. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a. 144p.

\_\_\_\_\_. Filiação Homoafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b. p. 393-397.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. v 5. 576p.

DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional brasileira em frente de casamentos homossexuais e poligâmicos. In: BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Orgs.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 81-100.

FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. *In*: BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Orgs.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 121-130.

\_\_\_\_\_. Por um estatuto epistemológico plural: do fato ao direito familiar. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRY, Peter; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade?*. 2ª ed.. São Paulo: Brasiliense, 1983.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. *In*: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (Coord.). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 115-143.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 249-263.

GUIMARÃES JÚNIOR, Aníbal Ribeiro. *Do Armário à vitrine: o empoderamento de minorias sexuais e a demanda de reformas legais. (Uma questão de direitos humanos)*. Rio de Janeiro. 2004. 337p. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito da PUC-Rio.

HELMINIAK, Daniel A.. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998. 144p. Título original: *What the Bible really says about homosexuality*.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento*

na pós-modernidade. *In*: BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Orgs.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 49-65.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. *In*: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 33-80.

ITURRUSGARAI, Adão. Cartum Rocky e Hudson. *Folha de São Paulo*, São Paulo. [2007?]

JOANNIDES, Paul. *Prazer & Emoção: o guia de sexo mais completo e divertido do planeta*. Trad. Dayse Batista. Rio de Janeiro: Leganto, 2003. 682p. Título original: Guide to getting it on!

LEAL, Gláucia. As identidades do desejo. *Mente e Cérebro*. São Paulo, nº 185, p. 03, ano XV, 2008.

LIMA, Luis Corrêa. *Homossexualidade, lei natural e cidadania*. Versão rev. *In*: 31º Encontro Anual da ANPOCS (Associação Nacional de Pós-graduação em Ciências Sociais). Caxambu: 2007, 28p. Inédito.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. *In*: BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Orgs.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 251-258.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *In*: RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2001. p. 09-15.

MACEDO, Daniela Cristina Alaniz; ALEXANDRE, Eliane Sobrinho. *Uma visão jurídica e social da homossexualidade*. Londrina: Eduel, 2003. 88p.

MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. *In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). Em defesa das liberdades laicas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 15-18

MAIA, Antonio Cavalcanti. Pesquisa jurídica, curiosidade científica e argumentação. *In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MELLO, Luiz. Matrimônio entre pessoas do mesmo sexo na Espanha. Do perigo social à plena cidadania, em quatro estações. *In: GROSSI, Mirian et. al. (Orgs.). Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis.* Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p.169-187.

\_\_\_\_\_. Um debate sobre conjugalidade e homoparentalidade de pessoas homossexuais. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos.* 253ª ed.. São Leopoldo, p.24-27, 07 abr. 2008. Entrevista concedida a Graziela Wolfart.

MONTEIRO, Karla. Fé entre iguais: igrejas evangélicas arrebanham fiéis casando gays e lésbicas em cerimônias quase tradicionais. *O Globo,* Rio de Janeiro, 06 de abr. de 2008, Revista nº 193, p.10-11.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família.* 37ª ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v 2. 412p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 358p.

MUSSKOPF, André. Cristão Homossexual? Um desafio. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. 253ª ed.. São Leopoldo, p.5-8, 07 abr. 2008. Entrevista concedida a Graziela Wolfart.

NAPHY, Willian. *Born to be gay: história da homossexualidade*. Trad. Jaime Araújo. Lisboa: Edições 70, 2006. 304p. Título original: *Born to be gay. A history of homosexuality*.

NASCIMENTO, José Anderson. *Ações de separação judicial, divórcio, nulidade e anulação de casamento: teoria e prática: atualizada de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ORO, Ari Pedro. A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. *In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 81-96.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 633-656.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. *In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de família e o novo Código Civil*. 4ª ed., rev. e atual.. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 219-234

\_\_\_\_\_. Casamento, união Estável, namoro e uniões homoafetivas. *In: BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Orgs.). A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 275-282.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. 586p.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. São Paulo, p. 75-81, abr. 1993.

POMPEU, Renato. *Preconceitos e Estereótipos – Inverter a situação: questionário para heterossexuais*. Disponível em <[http://www.diversidadecatolica.com.br/bibliografia\\_questionario\\_heterossexuais.asp](http://www.diversidadecatolica.com.br/bibliografia_questionario_heterossexuais.asp)>. Acesso em 04. mar. 2009.

PORCHAT, Patrícia. A dança dos gêneros. *Mente e Cérebro*. São Paulo, nº 185, p. 44-49, ano XV, 2008.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 198p.

RECK, Norbert. Desejos perigosos: o discurso católico sobre a sexualidade homossexual. *Concilium: Revista Internacional de Teologia/Homossexualidades*. Tradução: Carlos Almeida Pereira, Petrópolis: Vozes, fascículo 324, p. 13-39, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 192p.

\_\_\_\_\_. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2001. 272p.

\_\_\_\_\_. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade familiar. In: GROSSI, Mirian et. al. (Orgs.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p.109-129.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004. v 6. 442p.

ROUGHGARDEN, Joan. Homossexualidade como traço adaptativo. *Mente e Cérebro*. São Paulo, nº 185, p. 50-55, ano XV, 2008.

QUINN, Regina Ammicht *et. al.* “Nós” e “os outros”: à guisa de introdução. *Concilium: Revista Internacional de Teologia/Homossexualidades*. Tradução: Carlos Almeida Pereira, Petrópolis: Vozes, fascículo 324, p. 7-12, 2008.

SÁNCHEZ, Félix López. *Homossexualidade e família: novas estruturas*. Trad. Carlos Henrique Lucas Lima. Porto Alegre: Artmed, 2009. 136p. Título original: *Homosexualidad y familia: lo que los padres, madres, homosexuales y profesionales den saber y hacer*.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone da diferença e da igualdade. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a Emancipação Social: para novos manifestos, v. 3). p. 25-66.

SCOTT, Parry. Família, moralidade e as novas leis. *In: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica (Orgs.). Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. 43-51.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Uma questão de direito: homossexualidade e o universo jurídico*. Rio de Janeiro. 2003. 520p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da PUC-Rio.

SPONG, Jonh S. Nota introdutória. *In*: HELMINIAK, Daniel A.. O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade. Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998. Título original: What the Bible really says about homosexuality. p11-12.

STJ, REsp nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4). Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Acórdão de 02 de set. de 2008. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600345254&dt\\_publicacao=06/10/2008](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600345254&dt_publicacao=06/10/2008)>. Acesso em 05 mar. 2009

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: (a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade)*. 6ª ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Record, 2004. 590p.

TSE, REsp Eleitoral nº 24564/Viseu-PA. Procuradoria Regional Eleitoral no Pará e outros *versus* Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. Acórdão de 01 de out. de 2004). Disponível em < Disponível em <http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em 05 mar. 2009.

UZIEL, Anna Paula. *Homossexualidade e adoção*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007. 224p.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2008. 608p.

VEIGA, Francisco Daudt da. *O aprendiz de liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 176p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6. 482p.

VIANNA, Claudia. Sexualidade, gênero e educação: um panorama temático. *Educação: grandes temas*. São Paulo, nº 02, p. 16-23, mar. 2008.

WÜSTHOF, Roberto. *Descobrir o sexo*. 8ª ed.. São Paulo: Ática, 1997. 144p.



Figura 1 – Casamento civil: um direito de todos.



Figura 2 – Adão Iturrusgarai. Cartum *Rocky e Hudson*. Folha de São Paulo, São Paulo. [2007?]

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.  
This page will not be added after purchasing Win2PDF.