

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**LUCIANA FERREIRA DE MELLO**

RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: DIFERENTES, PORÉM IGUAIS -  
FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE E RACIONALIDADE DA DECISÃO BASEADA  
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO JULGAMENTO CONJUNTO DA ADPF 132/08 E DA ADI 4.277/09.

**CURITIBA**

**2014**

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**LUCIANA FERREIRA DE MELLO**

RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: DIFERENTES, PORÉM IGUAIS -  
FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE E RACIONALIDADE DA DECISÃO BASEADA  
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO JULGAMENTO CONJUNTO DA ADPF 132/08 E DA ADI 4.277/09.

Trabalho de Qualificação apresentado ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier.

**CURITIBA**

**2014**

**TERMO DE APROVAÇÃO**  
**LUCIANA FERREIRA DE MELLO**

RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: DIFERENTES, PORÉM IGUAIS -  
FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE E RACIONALIDADE DA DECISÃO BASEADA  
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO JULGAMENTO CONJUNTO DA ADPF 132/08 E DA ADI 4.277/09.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier.

Membros: Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Dr. Marcos Alves da Silva

Curitiba, 28 de abril de 2014.

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus filhos, minha razão de viver.

## AGRADECIMENTOS

*"Enxergar mais longe só é possível quando se pode estar nos ombros de gigantes."*<sup>1</sup>

Issac Newton

À Deus por manter sempre um anjo ao meu lado cuidando de mim e dando-me forças para continuar quando o sono apertava, quando a preguiça ameaçava me vencer e quando o desamino tentava tomar conta.

À Dona Legyr que, apesar da simplicidade, soube me passar os valores necessários para que pudesse enfrentar os desafios pelos quais passei na vida adulta, certa de que nunca irei esquecer-me de todos aqueles dias, mesmo estando doente, ante às dificuldades financeiras, levava a mim e meu irmão na garupa de uma bicicleta por quilômetros para a escola.

Ao Sr Francisco homem honesto e dedicado que, mesmo sem curso superior soube, de maneira autodidata, aprender os segredos da química e desenvolver-se profissionalmente de maneira brilhante. Certo de que, apesar das discordâncias e divergências de opiniões foi ele quem sempre me desafiou a tentar o que às vezes parecia impossível. E quem sempre passou a mim e ao meu irmão a importância do estudo.

À Mirien, mulher que soube conjugar ao longo da vida a rusticidade que a profissão lhe exigiu, sem perder a meiguice que sempre lhe foi característica. Quem soube guardar a tristeza de ter perdido um filho, para cuidar de toda a família e a todos ajudar a superar a perda. Mesmo quando seu próprio coração estava em pedaços, sempre com uma palavra de apoio e incentivo.

Aos Patrícia Kamis e Preto Galiotto, por terem, sempre, desde a graduação, cuidado de mim, especialmente por terem me dado o primeiro Vade Mecum, ainda no 5º período, e por tudo mais que fizeram por mim. Ao Fernando Gabel, a quem nunca esquecerei de agradecer, por te me ensinado que me ajudou em agradecimento por um dia, assim como eu,

---

<sup>1</sup> Newton usou essa expressão em carta endereçada a Robert Hooke, de 6.2.1976, afirmando que, (...) se eu pudesse ver mais longe, foi por estar nos ombros de gigantes". Essa ideia, porém, é bem anterior a Newton, e costuma ser atribuída a John os Salisbury, nos seguintes termos: "Nós somos como anões sentados no ombro de gigantes. Nós vemos mais – e coisas que estão mais distantes – que eles, não porque nossa visão é superior ou porque somos mais altos que eles, mas porque eles nos engrandecem, já que sua grande estatura soma-se à nossa". SILVA, Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais: teorias e possibilidades**. 2010, p. 1159.

também ter sido ajudado por alguém, certo de que continuo passando esta corrente do bem adiante.

À Lorena Sandim, amiga-irmã que, desde a graduação dividiu alegrias, anseios, tristezas e loucuras, inclusive, os jantares – normalmente um cachorro quente ou um macarrão instantâneo. Obrigada por me fazer acreditar que eu era capaz quando eu mesma duvidei.

À Ayeza e à Geisla, companheiras queridas de mestrado, agradeço por ter podido dividir com vocês minhas ansiedades, receios e conquistas, na batalha pela leitura dos textos e no auxílio na compreensão dos mesmos, e, ainda, pelo incentivo nos momentos de cansaço.

Ao Dr Edson Higa, odontologista pediátrico que além de cuidar da saúde do Abelzinho, soube estender seus cuidados a mim. Ele talvez nem saiba, mas a sofrida escolha deste tema aconteceu enquanto, sentada em sua cadeira odontológica, conversávamos sobre como as pessoas acabavam sentido-se excluídas e infelizes por tentarem se adequar a um modelo imposto pela sociedade. Foi quando veio a inspiração de escrever sobre os relacionamentos homoafetivos.

Para que as pesquisas se desenvolvessem de maneira satisfatória, o primeiro grande passo foi estar amparada por professores capazes de me dar todo o suporte que precisei desde a escolha do tema. Logo, a estes professores presto aqui meus sinceros agradecimentos.

No decorrer do curso pude perceber que tudo o que tinha aprendido na graduação era apenas ínfima parcela diante do horizonte que despontava no curso de Mestrado, como se estivesse vivendo a parábola relatada por Platão na obra O mito da Caverna, logo pude ter as verdades que eu tinha, até então, seriam alteradas em razão do aprofundamento acadêmico apresentado pelo curso.

É preciso ficar claro que este trabalho somente foi possível graças a alguns docentes que, mesmo do alto de toda sua superioridade acadêmica, sempre tiveram um tempinho para conversar, tirar dúvidas e aconselhar. Seguindo o conselho de Luis Alberto Warat:

Frente a proposta, precisamos reconsiderar as atitudes docentes, geralmente presas a uma atitude narcisista que termina colocando ao aluno como simples espelho, para que o professor consiga reconhecer-se, narcisisticamente, negando sua fraqueza. O sonho didático coloca o professor na necessidade de descer de seu umbigo e participar de um processo de mútuo reconhecimento transformador.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 25.

Quatro professores, em especial, foram fundamentais para que este trabalho se desenvolvesse. Em primeiro lugar, o mérito deste trabalho deve ser dividido com o Professor Paulo Ricardo Schier, que me acolheu de braços abertos, me aceitou em suas turmas acadêmicas e que, por quatro semestres dividiu comigo sua experiência didática e, ainda, de vida, através do estágio em docência realizado sob sua supervisão.

À professora Estefânia, sempre disposta a dividir seu material e experiências, desde a graduação, encantando os alunos com suas teorias e dispensando um carisma que lhe é peculiar. À professora Dra. Ana Carla Harmatiuk que, não mediu esforços ao indicar leituras e materiais de pesquisas, os quais foram todos abraçados e analisados com esmero. Ambas acabaram, juntamente, com o Dr. Paulo Schier orientando este trabalho. E, não poderia deixar de citar a Dra. Gisela Maria Bester que, mesmo virtualmente, sempre incentivou meus estudos e auxiliou-me na escolha do tema.

É impossível concluir um curso de Mestrado da mesma maneira de quando o iniciou. E toda esta mudança somente se torna possível com a leitura dos textos indicados e com o apoio do corpo docente. Neste sentido, foi difícil a escolha do tema, pois todos os assuntos abordados me encantavam.

Na busca pelo tema sempre procurei assunto relevante na esfera constitucional que conjugasse os temas que mais tinham me afeiçoado durante as aulas, pois é valioso saber aplicar na prática os estudos teóricos apreendidos durante o curso.

Dos temas que mais me identifiquei, sempre fui muito curiosa com o tema relacionado à tensão existente entre o legislativo e o judiciário. Mas, também gostava bastante da ideia de que os Direitos Fundamentais apresentavam um trunfo no jogo democrático. Me fascinava estudar o papel do Supremo Tribunal Federal e a maneira como as decisões tinham ou não coerência, e, ainda, não pude deixar de me encantar com a teoria do Romance em Cadeira de Dworkin.

Neste caminho, vi na decisão do Supremo Tribunal Federal equiparando a união homoafetiva ao instituto da união estável, prevista constitucionalmente, a possibilidade de conjugar os temas que mais me atraíram durante o curso, com vistas a fundamentar a coerência e a legitimidade do Supremo Tribunal Federal nesta decisão.

Aos professores, agradeço toda a ajuda e a bagagem que comigo compartilharam o que tornou possível a escolha do tema e o desenvolvimento da pesquisa. Sendo que, somente graças ao fato de estar sobre o ombro de gigantes que a conclusão deste trabalho foi possível. A todos os docentes do programa a minha reverência, em especial, ao Professor Dr. Paulo

Ricardo Schier, à Professora Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza e à Professora Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos.



## EPÍGRAFE

“Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas.”

## SUMÁRIO

<b>DEDICATÓRIA</b> .....	<b>II</b>
<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>III</b>
<b>EPIÍGRAFE</b> .....	<b>VII</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>1. RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NA HISTÓRIA: UMA TRAJETÓRIA QUE PASSA PELO PECADO, CRIME, DOENÇA E “NORMALIDADE”</b> .....	<b>7</b>
1.1 DA ANTIGUIDADE À IDADE CONTEMPORÂNEA: RELATOS DE RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS.....	9
1.2 AS QUATRO REAÇÕES TEÓRICAS DA SOCIEDADE EM FACE DA HOMOSSEXUALIDADE E UM TIPO UTÓPICO.....	23
1.3 A HOMOSSEXUALIDADE PELA MEDICINA, BIOLOGIA E PSICOLOGIA.....	36
1.4 SÍNTESE CONCLUSIVA DO PRIMEIRO CAPÍTULO:.....	43
<b>2. O APARATO LEGISLATIVO PÁTRIO E A HOMOAFETIVIDADE</b> .....	<b>48</b>
2.1 POSICIONAMENTO DO PODER LEGISLATIVO – PROJETOS DE LEI.....	51
2.2 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA PÁTRIA.....	63
2.3 SOLUÇÕES DADAS PELA VIA ADMINISTRATIVA E LEI MARIA DA PENHA.....	71
2.4 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DA JURISPRUDÊNCIA ANTE A FALTA DE LEGISLAÇÃO.....	76
2.5 SÍNTESE CONCLUSIVA DO SEGUNDO CAPÍTULO.....	81
<b>3 A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECIDIR ACERCA DOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS NO BRASIL</b> .....	<b>84</b>
3.1 O STF E A HOMOAFETIVIDADE – EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL - ADIN 132/08 E ADPF/3.277/09.....	85
3.2 A COERÊNCIA DA DECISÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FUNDAMENTADA NO VIÉS CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	96
3.3 A DECISÃO COMO EXPRESSÃO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL.....	108
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>118</b>
REFERÊNCIAS DO PRIMEIRO CAPÍTULO.....	123
REFERÊNCIAS DO SEGUNDO CAPÍTULO.....	126
REFERÊNCIAS DO TERCEIRO CAPÍTULO.....	131

## INTRODUÇÃO

Atualmente, a questão de como o Estado tem tratado os relacionamentos homoafetivos tem se mostrado dos temas mais polêmicos e instigantes. A cada passo, a cada nova decisão, este tema ganha maior evidência por conta de diversos fatores e, sempre, tem suscitado polêmicas e reações por diversos setores da sociedade. O tema, aliás, é revestido de tanta complexidade que nem mesmo existe acerto no que tange com alguns termos utilizados.

Neste sentido, faz-se necessária a realização de um primeiro esclarecimento relacionado aos conceitos e nomenclaturas que serão utilizadas no presente estudo. Este esclarecimento é de fundamental importância, pois a utilização de determinadas nomenclaturas pode deixar transparecer certo viés discriminatório não desejado.

Assim, o presente estudo dará preferência, assim como fez Andrew Sullivan ao estudar estas relações, ao termo homossexual<sup>3</sup> para designar indivíduos que são sexualmente e emocionalmente atraídos pelo mesmo sexo. Segundo Andrew Sullivan: “Embora seja um tanto clínico, é o mais neutro que há a disposição”.<sup>4</sup>

No que tange com a sexualidade existem alguns termos que, por vezes, causam confusão com a homossexualidade. Apenas para citar alguns: tem-se o intersexualismo, também chamado de sexo dúbio, no qual “o indivíduo apresenta-se com genitália externa e/ou interna indiferenciadas, como se a natureza não tivesse definido o sexo”<sup>5</sup>. Há ainda, o transexualismo, que ocorre quando “o indivíduo é inconformado com o seu estado sexual. Geralmente, não admite a prática homossexual”.<sup>6</sup> Pode ser citado também o travestismo, neste caso: “a pessoa sente-se gratificada com o uso de vestes, maneirismos e atitudes do sexo oposto. São tendentes à prática homossexual”<sup>7</sup>. Sem descer a minúcias, o presente estudo irá se ocupar, em geral, da homoafetividade, ou seja, das pessoas que sentem atração e afeto por pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>3</sup> Tendo em vista tratar-se de um estudo científico, apesar do termo gay igualmente ser previsto, será dada preferência ao termo homossexual por apresentar-se mais polido e adequado às finalidades.

<sup>4</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 9.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos, 2004, p. 201.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

Ainda serão utilizados: homossexualidade<sup>8</sup> que se refere ao modo de ser da pessoa; orientação sexual<sup>9</sup> e relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo. Os motivos pelos quais estes conceitos foram eleitos ficarão mais claros ao fim do primeiro capítulo, pois são resultado de acontecimentos históricos, estudos científicos biológicos e sociais.

Ciente de que sexualidade não está relacionada apenas à atração física por alguma pessoa, mas também relaciona-se com a capacidade de sentir afeto, este estudo lançará mão, ainda, do termo união homoafetiva em detrimento do termo pareado<sup>10</sup> já considerado ultrapassado. Este termo cunhado por Maria Berenice Dias que, enquanto doutrinadora e magistrada propiciou grandes avanços nos estudos jurídicos a respeito do tema. Referido termo tem o condão de minimizar a carga preconceituosa a respeito do tema e realçar o caráter afetivo existentes nestas relações.<sup>11</sup>

A problemática acerca do reconhecimento jurídico das uniões havidas entre pessoas do mesmo sexo envolve inúmeras outras questões e pode ser abordada por diversos aspectos. No entanto, ante a necessidade de restrição do tema, o objetivo principal da presente dissertação é analisar a expressão da tensão entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, uma vez que partiu deste o reconhecimento jurídico das referidas relações.

No entanto, esta restrição de abordagem do tema não significa que os demais aspectos não devam ser abordados, pelo contrário, muitos aspectos devem ser considerados antes de se adentrar ao tema propriamente dito, a fim de formar um substrato necessário à inteligibilidade acerca da complexidade do tema.

A problemática que envolve a presente pesquisa refere-se ao fato de que, conforme restará comprovado no primeiro capítulo, as relações sexuais heterodiscordantes são relatadas na sociedade desde os tempos mais antigos, ou seja, não trata-se de novidade da sociedade

---

<sup>8</sup> O termo homossexualidade é eleito em detrimento ao termo homossexualismo com base em determinação da Organização Mundial da Saúde de 1985 que, ao tratar da orientação homossexual aboliu a utilização do sufixo “ismo” que denota a condição de patologia, substituindo-o pelo subfixo “dade” que corresponde à condição da pessoa. BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

<sup>9</sup> O termo orientação sexual tem sido elegido em detrimento do termo opção, pois a orientação sexual, conforme restará comprovada, não é questão de escolha, assim como o fato do indivíduo ser canhoto ou destro, não há escolha, o indivíduo nasce com essa orientação. BURR, Chandler. **Criação em separado: como a Biologia nos faz homo ou hetero**. Tradução Ary Quintella. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 19.

<sup>10</sup> Termo utilizado na década de 70 por Oraison para se referir aos relacionamentos homoafetivos. ORAISON, Marc. **A questão homossexual**. Tradução José Kosinski. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

contemporânea.<sup>12</sup> E, apesar de não ser fato novo na sociedade, por muito tempo o Direito ficou silente em regulamentá-lo.

Ao quedar-se inerte em regulamentar fato que ocorre na sociedade, o Direito está se recusando a reconhecer a titularidade de inúmeros direitos às pessoas que convivem em relação homoafetiva. Esta recusa caracteriza o Direito como um instrumento de exclusão, de acordo com os ensinamentos de Fachin.<sup>13</sup>

Especificamente no que se refere à decisão recente, do Supremo Tribunal Federal, de equiparação dos relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo ao instituto da União Estável, verifica-se que um órgão dotado, inicialmente, de função jurisdicional reconheceu a existência deste fato social e a ele concedeu juridicidade suficiente para ser reconhecido perante a sociedade.

Durante anos inúmeros projetos de leis tramitaram perante o Poder Legislativo com vistas a conferir direitos a estes relacionamentos. Seja este não agir uma escolha política ou mera omissão, esta atitude do Estado perante os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, deixa transparecer uma discriminação negativa, fazendo com que o Direito torne-se um instrumento de exclusão de indivíduos, quando deveria ser o oposto.

Para que o objetivo do presente estudo seja alcançado com êxito, o trabalho será dividido em três partes, distribuídas da seguinte maneira:

Tendo em vista, que tais relacionamentos são fatos sociais demonstra-se de suma importância a inter-relação do direito com outros ramos da ciência. Não se sabe ao certo quando surgiram os primeiros relacionamentos deste tipo, mas serão apresentados, no segundo tópico, os primeiros relatos dos quais se tem notícia. Apresentando, como se expressavam e como a sociedade os via. Demonstrando que durante muito tempo o relacionamento homossexual foi tratado como pecado e até mesmo como crime.

---

<sup>12</sup> Sarmento. Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Coord. **Direito privado e constituição: Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 388-425.

<sup>13</sup> Cabe ao Direito atribuir uma posição jurídica para uma pessoa ingresse no universo de titularidades de direitos. No entanto, o Direito, ao reconhecer apenas os relacionamentos heterossexuais, excluiu do âmbito de titulares dos direitos decorrentes destes relacionamentos homoafetivos. Ou seja, somente poderiam fazer jus aos direitos correlatos ao casamento e, posteriormente, à união estável pessoas heterossexuais. Neste diapasão, os homossexuais eram totalmente excluídos da titularidade dos direitos inerentes ao casamento e à união estável, restando claro que, quando o Direito regula apenas determinados fatos sociais estará privilegiando determinadas pessoas e excluindo as demais, razão pela qual Fachin apresenta este aspecto de exclusão do Direito. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovas, 1997. p. 113-126.

O segundo tópico do primeiro capítulo apresentará, ciente da importância do comportamento social para o direito, com base dos ensinamentos de Andrew Sullivan, os quatro tipos teóricos de reação da sociedade no que se refere aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. E, no final, deste tópico será apresentado um quinto tipo teórico conjugando o melhor de dois tipos, propondo uma solução mais eficaz para o tratamento dos homossexuais e solução de alguns conflitos individuais.

O objetivo desta primeira parte do trabalho é apresentar o caminho pelo qual irá se concluir qual a nomenclatura que reflita menor grau de preconceito aos indivíduos, em segundo lugar comprovar que estes relacionamentos existem desde muito tempo, e, por último apresentar como a sociedade tem reagido em face deste relacionamento heterodiscordante – concluindo com ênfase na história brasileira, qual o posicionamento a sociedade nacional tem tido com os homossexuais.

Avançando na apresentação do caminho a ser trilhado, o segundo capítulo terá como missão fundamentar mais um alicerce para a compreensão do objetivo final. Deste modo, irá se encarregar de apresentar como o Estado, especificamente o Poder Legislativo, tem se comportado em face dos relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo, dando ênfase ao comportamento legiferante, projetos de leis e outras formas de solucionar a questão. Serão ainda apresentadas, brevemente, as soluções apresentadas pelo direito alienígena para o tema.

Num primeiro estágio serão abordadas as propostas legislativas a respeito do reconhecimento da homoafetividade perante o Poder Legislativo, com vistas a extrair qual o posicionamento conferido por este poder aos homoafetivos. O resultado pode aqui ser adiantado, pois é de amplo conhecimento a ausência de legislação específica sobre o tema.

Ante a ausência de regulamentação sobre o tema, assim como ocorreu no direito alienígena, o progresso no reconhecimento deste fato social ocorreu muito mais no campo da práxis e da jurisprudência. No final do segundo tópico, serão apresentadas as alternativas encontradas para que as pessoas que conviviam com outras do mesmo sexo, de alguma forma, encontrassem amparo legal perante o Estado.

Ao passo que o Poder Legislativo deixa de regulamentar determinado fato, as relações, obrigações e direito dele oriundos são tomados como inexistentes. A recusa estatal em reconhecer este tipo de uniões implica para além da privação de uma série de direitos de

cunho patrimonial e extrapatrimonial significa, ainda, em menosprezo à própria identidade e dignidade.<sup>14</sup>

Assim, o objetivo deste capítulo é fundamentar que, apesar da inexistência de legislação específica que regulasse os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, os direitos deles oriundos, a analogia era utilizada para sanar estas lacunas, mas que estas analogias não eram suficientes para conferir todos os direitos necessários aos indivíduos envolvidos.

Por fim, o último capítulo abordará a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 132/2008 e da ADPF 4.277/2009, donde restou concluído que os relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo seriam, com base em princípios constitucionais, equiparados ao instituto da união estável, originalmente concebido para a união entre pessoas de diferentes sexos.

Em primeiro lugar, e de fundamental importância, será abordada a decisão com todas as variantes e conseqüências que ensejou no ordenamento jurídico. Inclusive, apresentando a reação imediata do Poder Legislativo a respeito.

Na sequência, o segundo tópico se encarregará de apresentar a coerência e racionalidade da fundamentação no sentido material da decisão, ou seja, serão trazidos os princípios constitucionais que fundamentam positivamente a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer juridicidade a estes relacionamentos.

No fim, o último tópico apresentará a principal crítica que pode ser tecida em face da decisão em tela. Tal crítica refere-se ao enquadramento da decisão como expressão de judicialização da política e de ativismo judicial. Neste tópico, serão apresentados os motivos pelos quais a decisão pode ser enquadrada como ativismo e judicialização sem que isto importe num viés pejorativo da decisão, e sem que isto lhe retire a legitimidade da decisão.

Quanto à sistemática esclarece-se que, por se tratar de assunto polêmico, a metodologia ser a aplicada será a seguinte: as citações diretas curtas seguirão entre aspas e itálico. As palavras estrangeiras serão apresentadas em itálico. Já as expressões apresentadas em tom irônico seguirão entre aspas. Tal qual a afirmação de que a homossexualidade seria um “problema”. Feito este esclarecimento, passa-se à exposição do tema.

---

<sup>14</sup> Sarmiento, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Coord. **Direito privado e constituição: Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 388-425.

Um segundo esclarecimento metodológico deve ser feito, fugindo um pouco à regra, cada capítulo apresentará suas breves sínteses conclusivas, sendo que o último capítulo se encarregará de trazer a conclusão do trabalho como um todo.

Por fim, os dois últimos esclarecimentos de cunho metodológico e sistemático. Com vistas a facilitar a pesquisa: quanto às citações que seguem em nota de rodapé, sempre que possível serão feitas da maneira completa, sendo que, apenas se usará *Idem* e *Ibidem* quando a utilização da mesma obra se repedir numa mesma página; no que se tange com as referências bibliográficas, estarão ao final do trabalho separadas por capítulo.



## 1. RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NA HISTÓRIA: UMA TRAJETÓRIA QUE PASSA PELO PECADO, CRIME, DOENÇA E “NORMALIDADE”

É muito tênue a linha que separa onde o Estado pode ou não atuar, especialmente, no que se refere à autonomia privada do indivíduo na expressão de sua orientação sexual<sup>15</sup>. No que tange com o comportamento sexual, verifica-se que o Estado durante muito tempo regulou apenas os relacionamentos havidos entre homens e mulheres, tidos como os relacionamentos normais.

Ao optar pela regulamentação de apenas um tipo de relacionamento o Estado determina um padrão a ser seguido e todos os demais que dele fogem acabando sendo excluídos de sua esfera de atuação e proteção. Foi justamente esta padronização do comportamento heterossexual que tornou a homossexualidade relacionamento heterodiscordante, denominado por Foucault de “sexualidades periféricas” – que seriam aquelas que fossem estranhas ao heterossexualismo.<sup>16</sup>

Kelsen ao desenvolver sua Teoria Pura do Direito, determina que o Direito não se confunde com outros ramos da ciência tais como a história e a sociologia, porém não nega sua relação com os demais ramos<sup>17</sup>. Assim, se o Direito tem como finalidade regular os fatos que ocorrem na sociedade, faz-se de fundamental importância, em primeiro, lugar saber ou ao menos tentar esclarecer de que exatamente de que se está tratando.

Deste modo, o objetivo deste primeiro tópico será de apresentar o comportamento homossexual com vistas a identificar os primeiros relatos de que se tem notícia a respeito deste fato social e, ainda, apresentar como se tem apresentado no decorrer dos anos.

Para o historiador Thomas Kuhn o avanço da Ciência não se dá de maneira linear e cumulativa conforme pregado pela história da ciência. A evolução ocorre com as revoluções

---

<sup>15</sup> Fachin faz, ainda, uma relação entre a identidade sexual e a concepção formal do sujeito. Ao estabelecer a exigência de identificação do sexo no registro de nascimento, com a identidade sexual, em tese, imutável. Esta postura demonstra rigidez, não levando em consideração outras dimensões existentes no âmbito social e psicológico, pois nem sempre o sexo físico reflete o sexo psicológico do indivíduo. Desta forma, o registro civil apresenta um aspecto, imutável que irá marcar o indivíduo pelo resto de sua vida, sem levar em consideração a pluralidade psicossomática das pessoas. Tal fato demonstra mais um exemplo no qual o Estado se intromete na esfera sexual dos indivíduos. FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovas, 1997. p. 113-126.

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Vol. II. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 [1984], p. 217, 221

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.

científicas, com a queda de um paradigma, de uma teoria. Logo, após um período de crise um paradigma substitui o outro, há uma descontinuidade histórica.<sup>18</sup>

Ciente de que existem críticas a respeito da perspectiva de um apanhado histórico linear e evolutivo, serão apresentados alguns relatos nos mais variados períodos da história<sup>19</sup> apresentados em cortes, com a finalidade de comprovar que, apesar da descontinuidade histórica, tais relacionamentos sempre existiram na sociedade. Estes relatos serão apresentados em ordem crescente de cronologia por questão de organização, mas não significando a existência de traços evolutivos.<sup>20</sup>

Nesta ordem cronológica, ao abordar a década de 90, o estudo se dividirá apresentando em primeiro lugar, o ensaio de Andrew Sullivan a respeito dos quatro comportamentos ideais que a sociedade pode tomar com relação aos relacionamentos homossexuais, apresentando seus fundamentos e possíveis objeções. Logo, este tópico apresentará como a sociedade, mesmo que num mundo ideal, pode se comportar frente a este comportamento heterodiscordante.

Por fim, o último tópico demonstrará como o comportamento homossexual foi pesquisado no campo da ciência biológica, na psicologia e na medicina, quais avanços foram obtidos na explicação deste fenômeno. E, ainda, como a psicologia e a medicina se posicionaram em face deste fato social.

---

<sup>18</sup> KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1992 [1969], p. 36-113.

<sup>19</sup> A história é dividida didaticamente em cinco períodos, dos quais, em quatro períodos, nos quais a história escrita é relatada existem registros de ocorrência de relações entre pessoas do mesmo sexo. Assim, haja vista não se tratar de estudo histórico, mas de um breve relato acerca da ocorrência de determinado fato, o estudo se aterá a apresentar brevemente um ou outro relato mais expressivo de cada período.

<sup>20</sup> Assim, tendo em mente de que a história não evolui de forma linear e continuada, o mesmo não ocorre com a incidência das relações entre pessoas do mesmo sexo na história. No entanto, tal qual ocorre com a crítica à apresentação da evolução dos direitos fundamentais em gerações, por representar uma noção falsa de que a geração posterior substitui a anterior, mesmo ciente das críticas, esta metodologia continua sendo utilizada em razão da didática, da mesma forma o presente estudo irá analisar a incidência das referidas relações na história de forma cronológica, apenas para que fique mais inteligível, sem a pretensão de, com isso, afirmar que com o passar dos anos tais relações, de alguma forma, evoluíram.

## 1.1 DA ANTIGUIDADE À IDADE CONTEMPORÂNEA: RELATOS DE RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS.

Neste tópico, mediante a narrativa histórica estruturada a partir do relato das experiências dos diferentes grupos sociais e da concepção de sexualidade como construção social, dando fundamento à afirmação de que os relacionamentos homoafetivos sempre fizeram parte das culturas humanas.

Existem relatos de relacionamentos homossexuais já em 2700-2500 a.C, na Mesopotâmia, presentes na Epopeia de Gilgamesh, legislador da segunda dinastia de Uruk, neste documento cita-se o relato do herói que tem apetite sexual tanto por mulheres quanto homens. Este herói acaba morrendo vitimado por uma doença enviada pelas divindades. A sociedade, nesta sociedade, apresentava-se muito tolerante no que se refere a este comportamento sexual, tanto que é evidenciada nas práticas religiosas.<sup>21</sup>

Ainda, no que se refere à antiguidade, igualmente na Bíblia há relatos acerca da ocorrência de relacionamentos homoafetivos. Os principais indícios deste fato estão relatados, em primeiro lugar, no livro de Levítico ao tratar do casamento proibido, na seguinte passagem: Levítico 18:22: “*Com varão não te deitarás, como se fosse mulher: abominação é*”.<sup>22</sup> No trecho destinado à referência às penas para os diversos tipos de crime em Levítico 20:13: “*Quanto também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue é sobre eles*”.<sup>23</sup> Nestes dois trechos, percebe-se o caráter de hostilidade com relação à prática homossexual, e demonstra que existia e era proibida, tanto que era considerada crime cuja pena seria a morte.

Para além das penalidades e proibições previstas, alguns autores<sup>24</sup> afirmam que no texto do Bíblia há relatos de pessoas importantes tiveram relacionamentos homoafetivos, o primeiro relato, apontado por Daniel A. Helminiak, é o relacionamento havido entre Davi e Jônatas. O disposto em I Samuel 20:41: “*E, indo-se o moço, levantou-se Davi da banda do*

---

<sup>21</sup> MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: A construção da igualdade na jurisprudência brasileira**. 2.e. Ver. At. Curitiba: Juruá, 2012, p. 292.

<sup>22</sup> Levítico 18:22.

<sup>23</sup> Levítico 20:13.

<sup>24</sup> Dois autores afirmam a ocorrência de relacionamento homossexual entre o Rei Davi e Jônatas, são eles: Luiz Mott em: MOTT, Luiz, **Homossexualidade: Mitos e verdades**. Bahia: Editora Grupo 2003, Gay da Bahia, p. 9; e Daniel A. Helminiak em: HELMINIAK, Daniel A. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Tradução: Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998, p. 39.

*sul, e lançou-se seu rosto em terra, e inclinou-se três vezes; e beijaram-se um ao outro e choraram juntos, até que Davi chorou muito mais”.*<sup>25</sup>

Referido trecho pode parecer uma evidência muito discreta, mas os autores que afirmam a existência de um relacionamento homoafetivo entre Davi e Jônatas se baseiam em outros trechos bíblicos. O argumento de alguns autores de que o relacionamento entre eles era homoafetivo torna-se mais robusto mediante a leitura do disposto em II Samuel 1:26: *“Angustiado estou por ti, meu irmão Jônatas; que amabilíssimo me eras! Mais maravilhoso me era o teu amor do que o amor das mulheres”.*<sup>26</sup>

Da leitura dos dispostos no livro de I Samuel e de II Samuel, pode ensejar na relutância em acreditar que Davi, antes de tornar-se rei, vivenciou um relacionamento homoafetivo, como já dito os autores que fazem tal afirmação recorrem além da leitura literal do texto bíblico, ainda a estudos históricos para chegar a tal conclusão.

Mesmo que seja difícil para alguns acreditar nesta ocorrência, existem ainda os relatos do livro de Levítico no qual consta a existência de penalidades para aqueles que incorrem neste tipo de relacionamento. Assim há que se reconhecer que, a existência incontestável de normas proibindo e reprimindo é forte a evidência de que estes relacionamentos, em certa medida, ocorriam na antiguidade num período que estaria situado aproximadamente entre 1900 e 1800 antes de Cristo.

Salienta-se que, nos períodos históricos que se seguiram, muitos religiosos lançaram mão destes trechos Bíblicos para perseguir e condenar indivíduos homossexuais, ou qualquer pessoa que cometesse atos discordantes da sexualidade estabelecida como padrão pela sociedade.

A Grécia antiga apresenta um período muito peculiar no que se refere aos relacionamentos homoafetivos. Os primeiros relatos que transparecem a existência de relacionamentos homossexuais são encontrados mediante a análise das ilustrações gravadas em vasos. Pintadas entre 570 e 470 a.C. em vasos cerâmicos, nestas ilustrações, percebe-se nitidamente o caráter erótico homossexual, geralmente entre homens adultos e homens mais jovens.<sup>27</sup> Outras fontes apontam o relato de relacionamentos homossexuais neste período, são eles: a poesia, a comédia ática de Aristófanes, nos escritos de Platão, um discurso de Ésquines – a Acusação de Timarco e na poesia homossexual do período helenístico.

---

<sup>25</sup> I Samuel 20:41.

<sup>26</sup> II Samuel 1:26

<sup>27</sup> DOVER, K. J. **A homossexualidade na Grécia Antiga**. Tradução. Luís S. Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994. p. 21.

Tomando por base os relatos de Platão verifica-se que, como filósofo, em dois trabalhos: o Banquete e Fedro, “considerava o amor homossexual com ponto de partida, do qual ele desenvolverá sua teoria metafísica”.<sup>28</sup> Platão considerava a filosofia como uma atividade a ser desenvolvida dialeticamente, que poderia se desenvolver entre um homem mais velho e um jovem combinando, assim, “beleza corporal com beleza de alma”.<sup>29</sup>

Tal qual o exemplo do relacionamento entre Platão e seus alunos, em geral, os relacionamentos entre dois homens visavam suprir uma necessidade de relações pessoais que não eram encontradas no âmbito familiar. Como as mulheres eram tidas como seres inferiores intelectual física e emocionalmente, os homens buscava reunir-se em grupos e formar pares. E, ainda, em algumas cidades, estes relacionamentos eram incentivados como parte do treinamento e da disciplina para a guerra.<sup>30</sup>

Michel Foucault ao analisar a sexualidade do Século V ao II, extraiu como conclusão preliminar que os gregos desta época aceitavam com muito mais facilidade certos comportamentos sexuais, do que os cristãos da Idade Média, ou europeus do Período Moderno. Isto implica em concluir que, este fato ensejava menos escândalos e retorções. De acordo com as pesquisas realizadas por Foucault, os gregos davam menos importância ao comportamento sexual dos indivíduos do que hoje se dá.<sup>31</sup>

Não obstante ao fato dos Gregos darem menos importância à sexualidade, Foucault avançando em seus estudos sobre a sexualidade, identifica que mesmo os Gregos buscaram mecanismos de conferir austeridade para a *aphrodisia* – atos de prazer que remetem a momentos de dificuldade de auto controle. Buscou-se, então, “uma forma de conduta racional e moralmente admissível”<sup>32</sup>. No entanto, segundo Foucault “Os gregos não buscaram definir um código de condutas obrigatórias para todos, como também não buscaram organizar o comportamento sexual como um campo referente em todos os seus aspectos a um único e mesmo conjunto de princípios”.<sup>33</sup>

No entanto, há relatos de legislação, por volta de 346 a.C. que proibia não o relacionamento homossexual, mas a prostituição. Esta legislação visava a punição daqueles

---

<sup>28</sup> DOVER, K. J. **A homossexualidade na Grécia Antiga**. Tradução. Luís S. Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994. p. 28.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média**. Tradução Marco Antônio E. da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 138.

<sup>31</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Vol. I. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 [1988], p. 27.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Idem.

que vendiam o próprio corpo, porém não faz menção aos que o doavam.<sup>34</sup> Assim, mesmo com recomendações para a temperança sexual, no sentido de privilegiar a fidelidade e evitar qualquer relação física com rapazes, havia liberdade para escolher, adaptar, desenvolver e inovar. Tratava-se, apenas da elaboração de uma ética de existência para pequena parcela da população composta por indivíduos adultos, livres do sexo masculino, como a arte do jogo do poder.<sup>35</sup>

Da análise da Grécia Antiga, Jeffrey Richards conclui-se que era uma sociedade bissexual, na qual o relacionamento homossexual era permitido desde que com indivíduos inferiores, explica-se, o homem mais velho poderia exercer o papel ativo na relação com: escravos, mulheres, e homens mais jovens. A prostituição era permitida, exceto para homens que exerciam cargos no governo. As ideias de moderação, decoro e controle determinavam que o homem adulto não poderia exercer papel passivo nas relações sexuais. Por estes motivos imperadores como Calígora e Nero, que se vestiam de mulheres, foram criticados. E, ainda, os relacionamentos homossexuais entre mulheres não era permitido.<sup>36</sup>

Assim, mesmo na Grécia antiga que se mostrava desapegada à questão de regular as condutas sexuais e tratava com normalidade o relacionamento sexual entre dois homens é possível identificar certo movimento no sentido de moralizar a conduta sexual ao determinar que mulheres não poderiam praticar sexo entre mulheres, e homens mais velhos não poderiam exercer papel passivo na relação.

No contexto da Idade Média é necessário esclarecer que neste período não havia a nomenclatura homossexual, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo eram concebidos como comportamentos e não como algo inato, e conhecidos como sodomia e sodomita. Estes termos eram frequentemente utilizados para citar relações anais entre homens, mas eventualmente também abarcava a masturbação, a bestialidade e o sexo não procriativo.<sup>37</sup>

A utilização do termo sodomia para se referir aos relacionamentos homossexuais, está intimamente relacionada com o império do Cristianismo, sendo utilizado em alusão à destruição das cidades de Sodoma e Gomorra que foram queimadas pelo fogo celestial por estarem imersas no pecado detestável.

---

<sup>34</sup> DOVER, K. J. **A homossexualidade na Grécia Antiga**. Tradução. Luís S. Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994. p. 36.

<sup>35</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Vol. II. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 [1984], p. 217, 221.

<sup>36</sup> RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média**. Tradução Marco Antônio E. da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 138.

<sup>37</sup> Idem.

A igreja, neste período, confundida com o poder Estatal, pois o império Romano havia dotado o Cristianismo como religião oficial, difunde a ideia de que as relações homossexuais são pecado, pois estabelecem o princípio de que qualquer relação sexual que não estivesse destinada à procriação estaria violando uma lei natural, vez que a única destinação do sexo era gerar filhos.<sup>38</sup>

No Renascimento, por volta do século XII, os relacionamentos homossexuais, mesmo proibidos, e talvez por serem proibidos inspiraram a criação de um gênero de poesia erótica de amor dedicada de alguns homens para outros homens, fazendo apologia ao amor aos rapazes, com inspiração das obras gregas pagãs. E, ainda, há relatos de prostituição de homens oferecendo seu corpo para homens, nas cidades de Chartres, Orléans, Sens e Paris. Há relatos que indicam que Ricardo Coração de Leão era homossexual.<sup>39</sup>

Não faltam relatos de ocorrência de relações homossexuais entre os estudantes, tanto adolescentes como universitários. Nem mesmo a igreja escapou destes relatos. No entanto, a teoria que se tinha a respeito destes relacionamentos era que: os estudantes eram ainda garotos e em razão da tenra idade estavam descobrindo a sexualidade e, por isso, praticavam atos homossexuais. Quanto aos estudantes Universitários, estes por terem adiado o casamento em razão dos estudos, recorriam aos atos homossexuais para aliviarem sua lascívia, o mesmo acontecia com os padres.<sup>40</sup>

Reafirma-se a noção de que, naquele período, todas as pessoas nasciam heterossexuais e que os atos homossexuais eram apenas expressão de lascívia e de simples comportamento. De acordo com Jeffrey Richards: “*não era vista como algo inato e inescapável, mas antes como um hábito deliberadamente assumido de contestação e iniquidade*”<sup>41</sup>. Ou seja, sequer consideravam que poderia tratar-se de orientação e não de opção, exatamente, por este motivo havia, inclusive, um rol de penitências estabelecidas para aqueles que incorressem na prática homossexual.

O Concílio de Nablus, em 1120, de Jerusalém determinou que os sodomitas persistentes no erro, do sexo masculino, deveriam ser queimados na fogueira pelas autoridades civis. Em 1221, determinou-se que deveriam os homossexuais serem presos, equiparados aos ladrões falsificadores e assassinos. O código de Justiniano, em 1272, igualmente determinava a pena de execução em fogueira pública aos sodomitas. No século

---

<sup>38</sup> Ibidem., p. 139.

<sup>39</sup> Ibidem., p. 139-140.

<sup>40</sup> Ibidem., p. 140-142.

<sup>41</sup> Ibidem., p. 145.

XIII, os dispositivos de repressão sexual estavam firmemente estabelecidos. A inquisição tornou-se instrumento de perseguição aos hereges e sodomitas, pois foi este o pecado que fez com que Deus destruísse com fogo Sodoma e Gomorra. Neste período identifica-se que a preocupação da igreja em policiar e moralizar a vida sexual ensejou a perseguição, tortura e morte de inúmeras pessoas que estavam apenas exercendo sua sexualidade. Sendo, inclusive, apontados como o motivo das pestes e desastres naturais que ocorreram.<sup>42</sup>

Há, ainda, relatos de relacionamentos homossexuais já no período de conquista do Novo Mundo. Por volta de 1594, apesar de haver um mandamento paulino para que “estas coisas” não fossem sequer mencionadas na colônia, alguns relatos de relacionamentos entre homens podem ser identificados nesta fase. O caso de Estêvão Cordeiro, com 31 anos, lavrador, de Engenheiro Carnojo, que, ao ser entrevistado pelo inquisidor confirmou que não se lembrava do que estavam comentando na ocasião específica a que se referia o inquisidor, pois estava tendo relações sexuais com os vizinhos, ou seja, assumiu abertamente sua orientação sexual.<sup>43</sup>

Mesmo antes da chegada dos portugueses ao Brasil há indicação de que o relacionamento homoafetivo não era novidade, pois historiadores afirmam que os Tupinambá, além de andarem nus, estavam envolvidos na prática homossexual – na época denominado de pecado nefando – sendo que dentre eles, o indivíduo que tivesse relações homossexuais era considerado herói, e a prática considerada uma proeza.<sup>44</sup>

Havia, ainda, grande preocupação dos colonizadores em serem contaminados com as práticas dos escravos trazidos da África, no qual em algumas etnias, a prática homossexual era socialmente aceita e, inclusive, divinizada.<sup>45</sup>

Há relatos de que, nas culturas africanas: “certas famílias africanas também adotaram uma forma específica de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o casamento entre duas mulheres, sendo que uma delas ocupava o papel tradicional atribuído ao marido”.<sup>46</sup>

Especificamente nas Américas importante fazer alusão aos *berdaches*, existentes em várias culturas pré-colombianas, designavam os homens e mulheres que eram treinados para desempenhar as tarefas destinadas ao sexo oposto, ou indivíduos que pertenciam a um terceiro

---

<sup>42</sup> Ibidem., p. 1145-150.

<sup>43</sup> Luiz Mott em: MOTT, Luiz, **Homossexualidade: Mitos e verdades**. Bahia: Editora Grupo 2003, Gay da Bahia, p. 43-44.

<sup>44</sup> Ibidem., p. 42.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> MOREIRA. Adilson José. **A união homoafetiva: a construção da igualdade**. 2. ed. Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2010, p. 311.



gênero. Relatos históricos apontam que as famílias criavam os *berdaches* do sexo masculino como meninas desde a infância, como tal os vestindo e atribuindo-lhes as tarefas femininas. Quando cresciam poderia se casar com um homem mais velho que traria benefícios financeiros para toda a família, inclusive, promover o status social das pessoas que estavam neste tipo de matrimônio. Assim, estas culturas valorizavam os *berdaches* como espécie de esposas auxiliares como eram mais fortes que as mulheres conseguiam desempenhar mais tarefas e trabalhos mais pesados.<sup>47</sup>

Realizando um corte e analisando os relatos de homossexualidade durante a contemporaneidade cita-se o julgamento do aclamado escritor Oscar Wilde, nascido em Dublin, Irlanda, em 1954, seus livros estão entre os mais lidos e traduzidos de todos os tempos. Em 1891, apesar de ser casado com uma mulher, envolveu-se em um relacionamento amoroso com Lord Alfred Douglas. A existência de leis que criminalizavam o relacionamento homoafetivo e a desaprovação da família de Lord Alfred: fatos que culminaram na condenação de Oscar Wilde à prisão.<sup>48</sup>

Na obra: “*O amor que não ousa dizer o nome*” é frase a ele atribuída, tendo sido escrita no período de prisão, num dos poemas que teria dedicado ao seu amante Lord Alfred, há autores que dizem que foi justamente ao contrário, e teria sido Lord Alfred que teria escrito o poema a Oscar Wilde.<sup>49</sup> De toda sorte, a frase denota a repressão que as pessoas que amavam o mesmo sexo sofriam a ponto de poder sequer citar o nome da pessoa amada havendo, inclusive, previsão de penalidade de prisão para aqueles que praticavam sexo homossexual.

Realizando um corte histórico e geográfico, no que tange com a sociedade brasileira, Roger Raupp Rios cita trecho das Ordenações Filipinas, legislação que, durante muito tempo foi utilizada no Brasil a respeito do tratamento conferido às pessoas que praticavam relações homossexuais:

Qualquer pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendência; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão

---

<sup>47</sup> MOREIRA, Adilson José. **A união homoafetiva: a construção da igualdade**. 2. ed.Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2010, p. 305.

<sup>48</sup> FRY, Peter; MACRAE, Edward. **O que é a homossexualidade**. São Paulo: 1985, p. 54.

<sup>49</sup> Luiz Mott em: MOTT, Luiz, **Homossexualidade: Mitos e verdades**. Bahia: Editora Grupo 2003, Gay da Bahia, p. 42.

inabilitados e infames, assim, como daqueles que cometem crime de Lesa Majestade (Título XIII do Quinto Livro das Ordenações Filipinas).<sup>50</sup>

Tal trecho demonstra a gravidade impingida à conduta homossexual, que além de ser considerado crime contra o rei ainda ensejava a aplicação da pena cruel de ser queimado vivo. A descriminalização da conduta no Brasil, de acordo com Raupp Rios, somente ocorreu em 1830 com o advento do Código Criminal do Império.<sup>51</sup>

Realizando um salto de aproximadamente 150 anos, analisando a situação contemporânea nacional verifica-se que no início da década de 1980, o Brasil se viu diante de um processo de redemocratização, um período de abertura política e afastamento gradual do militares. E, no campo da saúde entra no rol de noticiários manchetes sobre a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), de acordo com a pesquisa de Roldão Arruda a primeira vítima a falecer publicamente conhecida foi o costureiro mineiro Markito, falecido em 4 de junho de 1983. <sup>52</sup>

Ainda, na década 80 e início da década de 90 inúmeros são os relatos de relacionamentos homoafetivos, dentre eles muitos artistas e músicos podem ser citados, os exemplos são incontáveis, mas, dentre os mais emblemáticos Luiz Mott cita Agenor de Miranda Araújo Neto – o Cazuza, cantor e compositor (1958-1990); Cássia Eller, cantora e compositora, assumidamente lésbica, vivia com Eugênia a quem a justiça confiou a guarda de seu filho Chicão em 2001, e, ainda, Renato Russo, cantor e compositor (1960-1996).<sup>53</sup>

Segundo Napoleão Dagnese esta atitude pública dos artistas de “saírem do armário” – assumindo sua sexualidade – contribuiu sobremaneira para que as pessoas sofredoras e oprimidas por seu meio tomassem a mesma decisão e se assumissem perante a sociedade. O que muitos afirmam que foi um aumento nos casos de homossexualidade foi, na realidade, apenas um grande número de pessoas que se sentiram incentivadas a assumirem-se perante a sociedade.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. in: FONSECA, Claudia; TERTO JUNIOR, Veriano; ALVES, Caleb Farias. (Org.) **Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004, p.143.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> ARRUDA, Roldão. **Dias de ira**. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 267.

<sup>53</sup> Luiz Mott em: MOTT, Luiz, **Homossexualidade: Mitos e verdades**. Bahia: Editora Grupo 2003, Gay da Bahia, p. 55.

<sup>54</sup> DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTR, 2000, p. 30.

Apesar da abertura como, principalmente as pessoas do meio artístico, expressavam sua sexualidade no fim da década de 80 e início da década de 90, e com a descriminalização da conduta ocorrida desde 1830. Ainda, assim, a repressão social aos homossexuais era violenta.

Em partes esta violência fundamentava-se no alastramento da AIDS que chegou a ser chamado de “câncer gay”. Como a primeira vítima que faleceu vítima da doença era homossexual e recentemente tinha passado longo período nos Estado Unidos, criou-se o imaginário que tratava-se de doença de “bichas endinheiradas e promíscuas, que viajavam para o interior e voltavam infectadas”. No entanto, com o passar do tempo o rol de vítimas aumentou, apresentando dentre eles gays pobres e de classe meias, michês, dependentes de drogas e prostitutas, sem contar as pessoas que a adquiriram por meio de transfusão de sangue. No geral, a doença estava atrelada às pessoas que viviam no desvio, aos devassos.<sup>55</sup>

A associação da doença aos “invertidos” – como a igreja denominou nesta época os homossexuais – foi também largamente difundida pela igreja católica. Em 1986, a igreja reafirmou que as práticas homossexuais eram inaceitáveis e contrárias aos “desígnios do criador”. No entanto, com a incidência da doença entre padres e freiras, fez com que a igreja abrandasse seus julgamentos.<sup>56</sup>

De qualquer forma, esta epidêmica, fez com que o Brasil se tornasse palco de inúmeros casos de perseguição contra homossexuais. Dentre eles cita-se um caso emblemático, o caso que ficou conhecido como o Maníaco do Trianon, Fortunato Botton Neto, trabalhava como michê – vendendo serviços sexuais para homens, ficou conhecido, foi acusado do assassinato de 13 homens homossexuais. Fato semelhante aconteceu, na década seguinte, em 1998 quando um homem realizou diversos assassinatos de mulheres em série tendo sido apelidado de Maníaco do Parque, ocasião em que houve farta investigação policial e comoção social. No entanto, de acordo com Roldão Arruda, a mesma comoção não envolveu o primeiro fato narrado, pois os envolvidos, mesmo parentes das vítimas preferiam silenciar a falar de fato vergonhoso.<sup>57</sup>

Ou seja, mesmo as autoridades policiais, ao realizar as investigações de dois casos de assassinatos em série, demonstrando viés preconceituoso, pesquisaram com mais afincos os assassinatos das mulheres, dando pouca importância pelo fato de ter ocorrido o mesmo com

---

<sup>55</sup> ARRUDA, Roldão. **Dias de ira**. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 267.

<sup>56</sup> *Ibidem.*, p. 268.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p. 9.

homens. Não só as autoridades, mas também a sociedade em geral e a mídia demonstraram pouca importância ao caso, acentuando o grau de discriminação da sociedade brasileira nas décadas de 80 e 90.

Ao analisar os arquivos da época Roldão Arruda traz alguns relatos de afirmações de indivíduos da época impensáveis em período de existência de Direitos Humanos. Segundo o autor alguns infectologistas chegaram a propor medidas coercitivas de fechamentos de saunas e, inclusive, a expulsão dos homossexuais do país. Alguns radialistas difundiam em seus programas que a doença era propagada por homossexuais e que, por isso, deveriam ser isolados. Alguns indivíduos, em entrevista para programa televisivo afirmava: “*Os homossexuais não deveriam existir*”. Outro: “*Tenho muito contra eles, estão poluindo a cidade*”. Outra mulher chegou a afirmar: “*Tem que assassinar mesmo*”. Carros circulavam com a seguinte frase em um adesivo afixado: “**Mate um Paulo Ricardo hoje e evite um Ney Matogrosso amanhã**”.<sup>58</sup>

Estas afirmações demonstram o caráter totalmente autoritário e preconceituoso da sociedade em relação aos relacionamentos homossexuais, justificando seu comportamento na afirmação infundada, ou não confirmada de que seriam os homossexuais responsáveis pela disseminação da AIDS.

Em 1986 foi identificado um grupo de extermínio de homossexuais localizado em Moema, São Paulo, Ainda, em São Paulo, o então prefeito, editou lei proibindo o ingresso de homossexuais na Escola Municipal de bailado. No mesmo ano, quatro travestis foram assassinados vítimas de tiros, cujas cápsulas eram de uso privativo do exército, mas as investigações não apontaram qualquer suspeito. Neste período, as atrocidades cometidas contra homossexuais repetiam-se.<sup>59</sup>

A situação dos homossexuais brasileiro nesta época era muito penosa, pois além da perseguição da sociedade viviam constantemente com medo de receber uma sentença de morte do próprio corpo. Muitos analisavam diariamente seus corpos à procura de sinais da doença, havia muitos que ao descobrir que estavam doentes se ocultavam com medo de deixar transparecer sua opção sexual, até então oculta. Outros preferiam se matar à enfrentar a doença e a reprovação social. Tais afirmações são confirmadas pelos dados do IML (Instituto Médico Legal) de São Paulo, ente maio de 1985 e setembro de 1987: “*42 corpos de pessoas*

---

<sup>58</sup> Ibidem., p. 269.

<sup>59</sup> Ibidem., p. 272.

*com AIDS passaram por aquela instituição. Haviam sido assassinadas ou cometido suicídio*<sup>60</sup>

Herbert de Souza, sociólogo, mais conhecido como Betinho, portador do vírus relatou ter presenciado o drama de várias pessoas que faleceram “clandestinamente”, para esconder sua identidade de homossexual ou de viciado. O escritor, Herbert Daniel, equiparou o diagnóstico da doença a uma espécie de “morte civil”, pois obrigava o infectado a viver clandestinamente. Ambos tornaram-se ativistas e denunciando e combatendo o preconceito.<sup>61</sup>

Os relatos tanto do período Medieval quando as pessoas eram condenadas à fogueira simplesmente por exercerem sua orientação sexual, e mesmo as narrativas no Brasil próximo, de apenas 30 anos atrás, que não só perseguia como permitia a perseguição de homossexuais é aterrorizante.

No final do século passado e início deste verifica-se que a sociedade era fortemente influenciada pelo meio de comunicação televisivo podendo ser considerado, inclusive, formador de opinião pública. Assim, tendo em vista a importância deste meio de comunicação para grande parte da população Irineu Ramos Ribeiro analisa qual o posicionamento da televisão em geral. O estudo analisou telejornais de inúmeras emissoras de rede aberta, programas e novelas chegando à seguinte conclusão:

A mídia se mantém atrelada a valores ditados por aqueles que detêm o poder hegemônico, seja na política, na economia ou nas correntes que ditam condutas morais de ocasião. Na esfera da sexualidade isso é bastante evidente, uma vez que sexo ainda é tratado por um ângulo binário pouco condizente com a complexidade da diversidade existente nos seres humanos.

Com isso, o preconceito é estimulado de forma nem sempre explícita, apesar de o discurso oficial dos veículos midiáticos rechaçarem tal rótulo. Vivemos num país em que a hipocrisia permeia as relações sociais, e, como tal, convencionou-se criticar quem pratica qualquer forma de preconceito. Ou seja, os meios de comunicação são categóricos em disputar espaço entre si para mostrar que não discriminam esta ou aquela identidade, mas, na prática, são incapazes de lidar com a diferença. Estabelecem hierarquias de raça, gênero, origem étnica, religião, idade e sexo, reproduzem apenas visões heterocentradas e deixam de lado toda a riqueza que transita pelas bordas dos conceitos hegemônicos da sociedade.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Ibidem., p. 273.

<sup>61</sup> ARRUDA, Roldão. **Dias de ira**. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 275.

<sup>62</sup> RIBEIRO, Irineu Ramos. **Tv no armário**. São Paulo: Editora GLS, 2010, p. 125-126.

Depreende-se que, na última década a sociedade brasileira modificou-se muito em relação à década de 80, pois agora o que se prega é a contrariedade a qualquer tipo de preconceito e ninguém quer para si a denominação de preconceituosa. A mídia televisiva, sob a argumentação de inclusão, cada vez mais, têm inserido em sua programação pessoas homossexuais, no entanto ao determinar seus roteiros apresenta sempre pessoas afetadas e estereotipadas, o que nem sempre condiz com a realidade, e como afirma Irineu Ramos no trecho acima acaba revelando implicitamente apologia ao preconceito. Vale ressaltar, que é esta mídia que influencia boa parte da população brasileira.<sup>63</sup>

E, ainda, junto com a repressão crescem os movimentos de resistência, assim, as décadas de 80 e 90 marcaram o início dos movimentos GLS – Gay, lésbicas e simpatizantes no Brasil, que se organizam no sentido de postular o reconhecimento de direitos e denunciar perseguições. O Grupo Gay da Bahia, por exemplo, se organizou para desempenhar como primeira tarefa a retirada da homossexualidade do rol de doenças previstas pelo extinto INAMPS.<sup>64</sup>

Mesmo na década atual, não são poucos os relatos de assassinatos e perseguição de homossexuais. Em janeiro de 2013, o Grupo Gay da Bahia divulgou o relatório anual referente ao número de assassinatos de homossexuais ocorridos em 2012, e o resultado foi o seguinte: foram documentados 338 assassinatos de homossexuais, travestis e lésbicas, seria mais ou menos uma morte a cada 26 horas, importando no aumento de 27% em relação ao ano anterior e 177% em relação aos 7 anos anteriores.<sup>65</sup> Isso apenas confirma o fato de que, apesar de não ser politicamente correto ser preconceituoso, o preconceito sexual ainda enseja muitas mortes.

Como dito no início do capítulo a linha que divide o âmbito de intervenção do Estado no que se refere à autonomia privada do sujeito é muito tênue. Muito mais que relatar as ocorrências de relacionamentos homossexuais existentes desde os tempos antigos, este capítulo apresentou como o Estado e as sociedades buscaram se intrometer e moralizar a conduta sexual entre os parceiros, mesmo na Grécia antiga que era considerada uma sociedade permissiva havia regras para a conduta social e algumas reprovações.

Não parece lógico que o Estado deva se imiscuir nos assuntos relativos à atividade sexual dos indivíduos proibindo e ainda estabelecendo punições para determinadas práticas

---

<sup>63</sup> RIBEIRO, Irineu Ramos. **Tv no armário**. São Paulo: Editora GLS, 2010, p. 125-126.

<sup>64</sup> FRY, Peter; MACRAE, Edward. **O que é a homossexualidade**. São Paulo: 1985, p. 61.

<sup>65</sup> Disponível em: < <http://truelove.com.br/2013/01/relatorio-anual-assassinato-homossexuais-2012/> > Acesso em: 28 jul. 2013.

sexuais – ressalvadas, por óbvio, as hipóteses de relações sexuais não consentidas e o direito dos menores - no entanto, não foi o que pode ser percebido no decorrer deste capítulo no que tange com os relacionamentos homoafetivos. Por outro lado, é obrigação do Estado garantir tratamento igualitário entre os indivíduos, e neste âmbito restou evidente que não tem logrado êxito em evitar discriminação e perseguição dos homossexuais, dado o aumento de assassinatos ocorridos no último ano.

Restou evidente a existência de relacionamentos homossexuais no decorrer de 4 períodos históricos, no entanto, apesar de demonstrar certo abrandamento com relação à reprovação social, depreende-se que a conduta dos indivíduos brasileiros da década de 80 até os dias atuais, não difere muito da praticada no período dos tribunais da inquisição no que se refere à perseguição de homossexuais.

Estudo estatístico realizado na primeira década do ano 2000, separando os entrevistados por faixa etária concluiu-se que: nos indivíduos do sexo masculino entre 18 e 24 anos, 6,9% eram homossexuais e 2,1% eram bissexuais; no que se refere aos homens entre 26 e 40 anos, 7,1% se revelaram homossexuais e 2,2% bissexuais; já no que tange aos homens entre 41 e 60, 4,6% disseram ser homossexuais e 1,4% bissexuais, a última faixa entrevistada foi a dos homens acima de 60 anos, dos quais 4,4% se revelaram homossexuais e 0,4% bissexuais.<sup>66</sup>

O mesmo estudo ainda analisou os entrevistados, homens e mulheres, questionando-os se haviam tido alguma experiência sexual, mesmo que uma única vez. Dentre as entrevistadas do sexo feminino 4,1% afirmaram que tiveram experiência homossexual uma vez. No que concerne ao sexo masculino, 10,4% afirmaram o mesmo.

Este estudo é revelador no sentido em que, o Brasil tendo passado por período de criminalização e mesmo após a descriminalização da conduta, com a forte reprovação social explícita no período de proliferação da AIDS, mesmo assim, os relacionamentos homossexuais continuam existindo.<sup>67</sup>

Atualmente, a repressão social segue de forma velada na sociedade seja nas *“Horrendas piadinhas sobre ‘veados’, ‘bichas’, etc, que são contadas entre grupos de amigos para deleite de todos, menos dos homossexuais presentes”*.<sup>68</sup> Seja no meio televisivo: *“A TV*

---

<sup>66</sup> ABDO, Carmita. H. N, **Estudo da vida sexual do brasileiro**. São Paulo: Editora Bregantini, 2004, p. 42.

<sup>67</sup> Ibidem., p. 43.

<sup>68</sup> SELL, Teresa A. **Identidade homossexual e normas sociais. (Histórias de vida)**. Florianópolis: UFSC, 1987, p. 23.

*em geral continua mostrando estereotipias de comportamento homossexual. Tudo em benefício do riso fácil de quem não se acredita homo e, se sabe que é, vai fazer questão de ocultar, para sobreviver neste mundo que precisa rir do Outro para afirmar o seu próprio Eu!*<sup>69</sup>. E, com essa discriminação velada, as perseguições e assassinatos continuam ocorrendo.

Agora que restou comprovado que o relacionamento homossexual não é novidade da sociedade, e ainda que a discriminação permanece presente na sociedade contemporânea. A análise histórica apresenta-se como fundamento e explicação do motivo pelo qual o casamento civil igualitário ainda não encontra-se consolidado na sociedade atual, o motivo ainda é: o preconceito seja ele explícito ou vedado perpetrado no decorrer de séculos.

Assim, o próximo capítulo se encarregará de apontar quais as possíveis reações teóricas que a sociedade pode tomar em face deste tipo de relacionamento, bem como, as teses que refutam cada uma dessas possibilidades.

---

<sup>69</sup> Idem.



## 1.2 AS QUATRO REAÇÕES TEÓRICAS DA SOCIEDADE EM FACE DA HOMOSSEXUALIDADE E UM TIPO UTÓPICO

Para a formação do indivíduo duas ordens concorrem: a genética e o meio social em que convive. É de fundamental importância para o indivíduo a sensação de aceitação e de identificação com a sociedade em que vive. Quanto à importância da relação entre indivíduo e a sociedade Tereza Adada Sell:

O que se pode concluir em termo de aquisição de identidade em relação à sociedade e seus indivíduos, é que há possibilidade de confronto entre sujeito individual e meio social. E conseqüentemente, também, que o indivíduo pode entrar em conflito consigo mesmo uma vez que percebe não se adequar ao papel que lhe é reservado por seu meio. O conflito vem da noção de que sua própria identidade consiste em relações do EU com o OUTRO. Assim, o indivíduo se percebe em desacordo com seus padrões sociais, a sociedade lhe reserva a rejeição e esta passa também a fazer parte da identidade do sujeito.<sup>70</sup>

Assim, verifica-se que, dependendo da reação impingida pela sociedade aos indivíduos homossexuais, estes indivíduos também sofrerão as conseqüências. Desde os primeiros relatos de relacionamentos homossexuais na história cada sociedade reagiu a este fato de uma maneira diferente, mas é certo que mesmo na Grécia antiga, sociedade que se mostrou mais maleável, ainda, assim procurou mecanismos para regular e, de certa forma, estipular um padrão de conduta.

A sociedade sempre buscou formas para regulamentar a sexualidade, não só no que tange com os homossexuais, mas esta regulamentação pode ser detectada no que se refere ao venda de pílulas anticoncepcionais e até mesmo a regulamentação do aborto. No que tange com a venda de anticoncepcionais, esta conduta somente foi liberada nos Estados Unidos na década de 1960. Na no que tange com o Aborto os Estados Unidos enfrentaram a questão e legalizaram a conduta nos anos 70, no famoso caso Roe x Madison. O cerne de toda a

---

<sup>70</sup> SELL, Teresa A. **Identidade homossexual e normas sociais. (Histórias de vida)**. Florianópolis: UFSC, 1987, p. 31.

discussão estava intrínseca à influência religiosa. Somente quando estas questões passaram a ser enfrentadas como questões constitucionais foi que as condutas foram permitidas.<sup>71</sup>

No que tange com a homossexualidade não é diferente, no decorrer dos anos e durante muito tempo a reação da sociedade a este tipo de relacionamento foi muito influenciada pela igreja e utilizando a Bíblia como fundamento para a repressão e imposição de penalidades.

No entanto, de acordo com os relatos apresentados do breve apanhado histórico realizado no capítulo anterior, não é correto afirmar que todas as sociedades agiram da mesma forma. Assim, com base nos estudos realizados por Andrew Sullivan, estas reações da sociedade poderiam ser classificadas em quatro padrões ideais: proibicionistas, liberacionistas, conservadores e liberais.<sup>72</sup>

Desta forma, tendo em vista a utilidade da classificação desenvolvida por Sullivan este capítulo se ocupará de apresentar os quatro tipos teóricos por ele formulados, bem como, ainda com base em seus estudos apresentar quais os fundamentos de cada tipo teórico e ainda as críticas que podem ser tecidas em face de cada fundamento apontado.

Com relação ao tipo teórico verifica-se que, durante muito tempo e ainda hoje, é a reação que predomina. Exemplo disso está no número de países que, atualmente, criminaliza a conduta. De acordo com dados estatísticos realizados em 2013 pela Ilga (sigla em inglês para *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*), 73 países ainda equiparam a homossexualidade a crime, sendo que destes: 19 determinam penas de menos de 10 anos, 13 deles preveem penas de 10 anos ou mais, e 6 determinam pena de morte, o restante estipula outras restrições.<sup>73</sup>

De acordo com o proibicionismo a prática homossexual é uma aberração, pois perverte o desígnio natural macho-fêmea, atenta contra a continuidade da espécie humana. Para este tipo teóricoo homossexualismo: “*é uma escolha. Não há diferença ente orientação sexual e atos homossexuais... assim como a propensão para mentir ou a tendência de desperdiçar dinheiro.*”<sup>74</sup> Ou seja, esta vertente nega que existam pessoas homossexuais, pois parte do princípio que todos são heterossexuais e que as relações homossexuais seriam desestabilizadores da família como Deus instituiu.

---

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 71.

<sup>72</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

<sup>73</sup> Disponível em : <<http://ilga.org/ilga/es/index.html>> Acesso em: 21 jul. 2013.

<sup>74</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo**. Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 25-30.

Com fundamento na Bíblia afirmam que a homossexualidade seria reprovável, pois constituía o mesmo pecado de Sodoma e Gomorra castigado por Deus com a destruição das cidades.<sup>75</sup> Porém, alguns autores afirmam que, na realidade, o pecado cometido por estas cidades teria sido a falta de hospitalidade.

De acordo com Daniel A Helminiak, padre que estudou os supostos fundamentos Bíblicos para o repúdio à homossexualidade: *“Portanto, o qual foi o pecado de Sodoma? Abuso e ofensa contra estrangeiros. Insulto aos viajantes. Falta de hospitalidade para com os necessitados. Este é o ponto central da história, compreendida em seu próprio contexto histórico.”*<sup>76</sup>

Com fundamento nos ensinamentos do livro de Levítico os atos homossexuais seriam abominação, segundo o trecho Levítico 18:22: *“Com varão não te deitarás, como se fosse mulher: abominação é”*.<sup>77</sup> No trecho destinado à referência às penas para os diversos tipos de crime em Levítico 20:13: *“Quanto também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue é sobre eles”*.<sup>78</sup>

Segundo Daniel A. Helminiak, para saber se a Bíblia realmente reprova a homossexualidade é necessário identificar os motivos pelos quais, naquela época, a conduta era proibida. E a resposta é direta, o termo abominação está relacionado aos rituais, naquele período as comidas que eram utilizadas em rituais pagãos: carne de porco, ostra e coelho eram proibidos de serem ingeridos, pois remetiam àqueles rituais. Da mesma forma as relações homossexuais faziam parte daqueles rituais e, por isso eram considerados aberração e era proibidos.<sup>79</sup>

Assim, duas conclusões se extraem deste argumento, a primeira era a de que não era a relação homossexual em si que era coibida, mas sua correspondência com os rituais pagãos; em segundo lugar de todas as coisas que remetiam a rituais pagãos e continuam sendo proibidas apenas as relações homossexuais permanecem, pois não mais se reprime comer carne de porco ou qualquer outro alimento.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo.** . Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 30.

<sup>76</sup> Daniel A. Helminiak em: HELMINIAK, Daniel A. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade.** Tradução: Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998, p39.

<sup>77</sup> Levítico 18:22

<sup>78</sup> Levítico 20:13

<sup>79</sup> Daniel A. Helminiak em: HELMINIAK, Daniel A. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade.** Tradução: Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998, p31.

<sup>80</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo.** . Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 24-35.

Para São Paulo a abominação contra atos homossexuais tinha a ver com o politeísmo e o mono. Então, perverter o heterossexualismo é um crime contra a natureza das pessoas, pois se todas as pessoas nascem heterossexuais os atos homossexuais pervertem a natureza das pessoas. No entanto, partindo do princípio que existem pessoas que nascem homossexuais e praticar atos heterossexuais é uma afronta à natureza dessas pessoas, o argumento de São Paulo torna-se favorável à homossexualidade.<sup>81</sup>

No que tange com o desejo sexual, São Paulo afirma que este desejo é perigoso e deve ser satisfeito sempre somente dentro do casamento, e que as relações homossexuais são especialmente perigosas. De acordo com Sullivan seriam o mesmo que dizer: “*É como afirmar , num argumento sobre a resistência ao alcoolismo, que a vodca é mais perigosa que o gim*”.<sup>82</sup>

Parte dos proibicionistas se baseou, além da Bíblia, na Tradição Filosófica Natural de São Tomás de Aquino. De acordo com essa lei natural todas as coisas tem uma função natural, um fim único natural, que podem ser identificadas mediante a observação da natureza. Para São Tomás de Aquino a sexualidade tinha como finalidade única a procriação. De forma que, todas as pessoas são heterossexuais e os atos homossexuais atentam contra a natureza do universo.<sup>83</sup>

No entanto, este tipo teórico não levou em consideração que estas relações ocorrem desde sempre na sociedade, e independentemente da porcentagem, se ocorrem é também natural. E, ainda, 1975 a Sagrada Congregação para Doutrina e Fé, editou nos Estados Unidos uma espécie de Declaração sobre certas questões atreladas à homossexualidade: “*Faz-se uma distinção entre os homossexuais cuja tendência vem de uma falsa educação, que é transitória, ou pelo menos não incurável; e os homossexuais que são definitivamente assim por causa de algum instinto inato ou de uma construção patológica incurável*”<sup>84</sup>

Donde se conclui que a própria igreja começou a reconhecer que existe a condição de homossexualidade inata. No entanto, mesmo assim, ao final do documento afirma que: “*Os atos homossexuais são intrinsecamente um distúrbio e não podem, em nenhum caso, ser aprovados.*”<sup>85</sup> O que parecia ser uma avanço não foi, pois apenas reconheceu a situação inata,

---

<sup>81</sup> Ibidem. p. 24-35.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> Ibidem., p. 36.

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> Idem.

mas continuou considerando a conduta como pecado. Ou seja, os homossexuais não têm culpa, pois não optaram, mas mesmo assim não podem exercer sua sexualidade.

Onze anos depois, em 1986, o Cardeal Joseph Ratzinger, edita o documento: “*O cuidado pastoral das pessoas homossexuais*”, no qual reconhece que as inclinações homossexuais não são consideradas como pecado e que as pessoas com “*frequência homossexuais são generosas e altruístas*”.<sup>86</sup>

De acordo com Sullivan o mais interessante é o fato de como a igreja absorveu os ditames da dignidade da pessoa humana, mostrando-se totalmente contra a intolerância e depreciação, seja ela verbal ou física, dos homossexuais. E, ainda, mostrou-se contra a: “*reduzir os seres humanos a um só aspecto de sua personalidade*”.<sup>87</sup>

No entanto, permaneceu a rejeição mais rígida para as pessoas que desejam expressar-se sexualmente, pedindo aos fieis que amassem os pecadores mais profundamente do que nunca, mas odiassem o pecado mais profundamente ainda.<sup>88</sup>

Desta forma, no que se refere ao argumento que a finalidade natural do sexo é procriação e derrubado, pois em primeiro lugar a própria igreja, aos poucos, reconheceu que existem pessoas que são naturalmente homossexuais e, ainda, a existência de pessoas que são inférteis e mesmo assim praticam sexo. Se o argumento de Tomás de Aquino fosse coerente as pessoas estéreis seriam proibidas de fazer sexo.<sup>89</sup>

Então em linhas gerais, os argumentos dos proibicionistas com finalidade de coibir e reprimir as relações homossexuais padece de racionalidade, pois todos eles são contraditórios.

No que tange com os liberacionistas, que seria uma imagem invertida dos proibicionistas, com base nos ensinamento de Foucault, entende que a homossexualidade não existe em si mesma, é apenas um construto – algo construído pela sociedade – não é um estado inerente ao ser humano.<sup>90</sup>

Segundo os liberacionistas: “*O fim pleno da fruição humana é estar livre de todos os construtos, estar liberado da condição do homossexualismo e integrar uma forma de identidade plenamente escolhida...*”<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Ibidem., p. 38.

<sup>87</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo.** Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 40.

<sup>88</sup> Ibidem., p. 41.

<sup>89</sup> Ibidem., p. 46.

<sup>90</sup> Ibidem., p. 55.

<sup>91</sup> Idem.

Ao determinar a existência de dois tipos de sexualidade o ser heterossexual e o homossexual, esta classificação apresenta-se como a forma que o pensamento humano teria se utilizado para controlar a liberdade humana. Para Foucault, nem mesmo na análise histórica é possível identificar homossexuais inatos.

Dos relatos já feitos, primeiramente com relação à Grécia antiga, verifica-se homens mais velhos podiam ter relações sexuais com homens mais jovens com a finalidade de educá-los transmitindo-lhes experiência. Alguns índios no Brasil repassavam seu conhecimento aos curandeiros mais jovens por meio de relações sexuais. No Marrocos o Corão era ensinado da mesma forma. O mesmo ocorria com os *Bedaches*, que eram educados, desde tenra idade, para desempenhar o papel do sexo oposto.

Segundo Sullivan, “*numa sociedade em que a mulher era vista como ser inferior, a posição feminina no sexo era sempre suspeita, e por isso boa parte da atividade sexual era realizada face a face e entre as coxas (o que hoje recebe o nome de ‘intercrural’)*”<sup>92</sup>

Diante de tais alegações, os liberacionistas afirmam que estes não são relatos de relações homossexuais, pois as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo ocorrida por determinação da sociedade e, ainda, é necessário que os indivíduos se libertem das amarras das imposições estatal, pois, hodiernamente a imposição é a heterossexualidade.

Sullivan refuta a tese liberacionista com base no fato de que os indivíduos não são 100% construção social, pois as pessoas têm personalidade, têm vontade, têm atrevimento de enfrentar determinados padrões morais, exemplo disso as passeatas que ocorriam em Nova York, e ocorrem no resto do mundo, em comemoração aos aniversários do tumulto de Stonewall.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo.** . Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 56-57.

<sup>93</sup> Os tumultos de Stonewaal marcaram a origem das passeatas do orgulho gay pelo mundo. “Em Nova York, no dia 28 de junho de 1969, em um bar com frequência de homossexuais, o Stonewall Inn, a polícia deu uma ‘batida’, conforme fazia de costume. Gays constantemente eram alvo de extorsão e espancamento por parte dos policiais. E não reagiam, por medo de mais violência e preconceito. Considerados doentes mentais e pecadores, eles apenas sobreviviam e se escondiam da sociedade, como insetos noturnos. Nessa ocasião, era o fim de semana da morte da atriz Judy Garland, a eterna Dorothy do filme O Mágico de Oz. O ambiente era de comoção e respeito à diva. Várias drag queens foram contra a atitude dos policiais que tentaram prendê-las sem motivo e foram defendidas por travestis, homossexuais e lésbicas. Um grupo reagiu com violência e se negou a sair do bar. O protesto durou três dias marcados pelo NÃO À INTOLERÂNCIA e a data virou símbolo de quando os gays se organizaram como um movimento pela primeira vez e se recusaram a serem tratados como cidadãos inferiores. O fato ocorreu no bairro de Greenwich Village e, todos os anos, gays de todo o mundo se reúnem no mês de junho para comemorar o mês do orgulho gay com diversos protestos apelidados de paradas. O bar continua lá e em frente ganhou uma praça onde duas estátuas de casais do mesmo sexo, brancos, indicam o marco zero do movimento gay moderno.” MOTT, Luiz. **Escravidão, homossexualidade e demonologia.** São Paulo: Ícone, 1988, p. 36.

A outra crítica que Sullivan tece aos liberacionistas é que defendem que os indivíduos devem se liberar das amarras opressoras do Estado e exercer sua sexualidade livre independentemente dos padrões. No entanto, Foucault defende a técnica de *outing* – que consiste em apontar publicamente os homossexuais com a finalidade de promover-lhes a libertação. Esta forma de impor a conduta de se assumir publicamente perante os demais, funciona com a mesma pressão que o Estado ao impor uma conduta heterossexual, por este motivo demonstra-se incongruente com o que prega.

No que tange ao tipo teórico dos conservadores, Sullivan utiliza o termo conservador para designar os indivíduos que compartilham os fundamentos de um Estado Liberal, no sentido de que estão de acordo com as garantias de liberdade, o reconhecimento do pluralismo, da liberdade de expressão, e, ainda, entende que alguns valores morais deve ser afirmados pelo Estado. Pugnam por um Estado Liberal, mas como regras morais mínimas.<sup>94</sup>

A marca dos conservadores é a discriminação. Para este tipo teórico está claro que homossexuais, em sua pequena minoria nascem com esta característica. Sabem que nada podem fazer para impedi-los de exercerem sua sexualidade e admitem que na vida privada merecem respeito como todos os demais indivíduos. Reconhecem que muitas pessoas ilustres da sociedade são homossexuais e que o fato ocorre constantemente desde as mais remotas culturas. Desaprovam as perseguições, ameaças e qualquer tipo de violência contra homossexuais. No entanto, desaprovam a conduta privada ainda mais quando expressa em público.<sup>95</sup>

A grande crítica que Sullivan tece em face dos fundamentos dos conservadores é o posicionamento politicamente indeciso. Ante as possibilidades os conservadores teriam dois caminhos a trilhar. O primeiro seria aumentar a distância e manter o isolamento e promover uma desconfortável hostilidade em face dos homossexuais, o que iria requerer uma aliança com as vertentes religiosas fundamentalistas, o que se mostra um tanto inviável.<sup>96</sup>

O outro caminho seria promover parcerias com as vertentes homossexuais conservadoras a fim de determinar um espaço de convivência pacífica. Isto implicaria em uma anunciação de uma espécie de imposição de responsabilidade gay, no sentido em que ensejaria ou tornaria necessárias discussões em outras instituições públicas, tais como o exército, que sempre se mostrou inflexível com relação à igualdade homossexual. Tais

---

<sup>94</sup> SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo.** . Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 85.

<sup>95</sup> *Ibidem.*, p. 86-87.

<sup>96</sup> *Ibidem.*, p. 113.

caminhos implicariam numa discussão pública a respeito do tema, e esta sempre foi a maior proeza dos conservadores conseguirem manterem-se neutros e discretos, estas discussões obrigariam uma tomada de posição, o que não condiz como a conduta conservadora.<sup>97</sup>

O último tipo teórico pensado por Sullivan é o liberalismo. Da mesma forma que os conservadores, os liberais que a homossexualidade é um fenômeno social que mescla a opção e a compulsão, sendo difícil identificar quem é movido por qual sentimento, pois algumas pessoas seriam involuntariamente homossexuais e outras são tentadas a ir por este caminho. Mas, ao contrário dos conservadores que se preocupam com o impacto dessas relações na sociedade, os liberais se preocupam de forma o indivíduo homossexual é afetado pelo fato de ser homossexual.<sup>98</sup>

Em resposta a esta pergunta chega-se à conclusão que os indivíduos, atualmente, são enormemente afetados. Nos países em que a sodomia é proibida, a esfera individual privada é afetada. Nos locais onde há a supressão social, os homossexuais têm sua liberdade de expressão restringida. E, ainda, quanto ao acesso à moradia no que tange aos locais nos quais não se admitem inquilinos homossexuais, e o mesmo ocorre com o direito de ter um emprego para aquele que são discriminados na contratação.<sup>99</sup>

Diante destas constantes violações e privações, o objetivo dos liberais é o de criar leis com o fito de proteger esta classe minoritária das constantes violações em relação às suas liberdades. O objetivo é acabar com leis anti-sodomia, elaborar estatutos antidiscriminatórios destinados à moradia e ao emprego. E, ainda, a elaboração de leis com punições mais rigorosas aplicáveis aos crimes de ódio e discriminação.

No entanto, dentre as críticas Sullivan argumenta que, com a finalidade de proteger as liberdades dos homossexuais, o liberalismo incorre num paradoxo, pois o liberalismo é marcado pela abstenção estatal, ou seja, por um não agir. Ao determinar medidas de proteção aos homossexuais está indo de contra seus postulados básicos. E, ainda, está impondo uma conduta de respeito à uma minoria em detrimento da maioria que, teria sua liberdade de expressão limitada pelas leis idealizadas pelo liberalismo e, assim, intensificando o ódio da sociedade contra os homossexuais.<sup>100</sup>

E, ainda, o liberalismo pretende defender os homossexuais por entender que todas as minorias precisam de defesa estatal tais como as mulheres, os índios e os negros. O

---

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> Ibidem., p. 117.

<sup>99</sup> Ibidem., p. 118.

<sup>100</sup> Ibidem., p. 127.



liberalismo pega em generalizar, pois em primeiro lugar a discriminação que cada grupo sente em relação à sociedade é diferente. Segundo Sullivan, quando um homossexual reúne as características de duas minorias, negro e gay, por exemplo ele irá sofrer muito mais. No período de escravidão os negros eram humilhados e subjugados, mas não lhes era proibido o direito de casar-se com quem amavam fato que não se aplicaria a um escravo, negro, gay. Logo os homossexuais sequer eram considerados elegíveis para a instituição do casamento, neste aspecto, sempre estiveram abaixo dos escravos e, ainda estão.<sup>101</sup>

Além disso, as leis propostas pelo liberalismo podem ensejar um efeito perverso na comunidade homossexual, porquanto irão sempre colocar os indivíduos homossexuais em posição de inferioridade e de vulnerabilidade que não é saudável, perpetrando o estigma de inferioridade perante a sociedade.<sup>102</sup>

Como se não bastassem todos esses argumentos, talvez o mais robusto seja o de que a simples existência de lei não logrará êxito em resolver a situação dos homossexuais, pois estas questões são muito mais profundas e vão muito mais além que um discurso público, relaciona-se que o interior de cada indivíduo homossexual e como ele reage à sua própria sexualidade. E, ainda, não pode ser deixado de lado como um indivíduo heterossexual reage ao se deparar com um homossexual.<sup>103</sup>

De acordo com Sullivan e sua pesquisa nos Estado Unidos identificou que as legislações antidiscriminatórias existentes são oriundas de grandes cidades e nestes locais o número de queixas é pequeno ou nulo. Nas cidades grandes os homossexuais tem mais possibilidade de se defenderem e a comunidade seria mais evoluída, o que justifica o baixo número de queixas. Porém, na cidades pequenas onde o preconceito é maior não há legislação. Donde se conclui que as leis de direitos civis antidiscriminatórios de proteção à homossexuais são mais encontradas onde são menos necessárias, o que frustra o objetivo de proteção almejado pelos liberais.<sup>104</sup>

Assim, apesar do liberalismo abandonar um pouco sua forma pura com o nobre objetivo de promover a promoção dos homossexuais peca em tentar de maneira forçada editar leis antidiscriminatórias fazendo uma quase padronização de minorias, pois cada minoria tem sua peculiaridade. Peca, ainda, em determinar leis que coloquem os homossexuais sempre em patamar de inferioridade como vítimas. Ao pensar que as leis tem o condão de resolver os

---

<sup>101</sup> Ibidem., p. 131.

<sup>102</sup> Ibidem., p. 129.

<sup>103</sup> Ibidem., p. 128.

<sup>104</sup> Ibidem., p. 134.

problemas dos indivíduos homossexuais e o restante da sociedade, quando, na realidade, estes problemas são amenizados com um conjunto de instrumentos, tais como: apoio psicológico, campanhas de informação da sociedade a respeito de preconceito, conscientização dos órgãos estatais a respeito dos homossexuais, e também algumas leis. Ou seja, a lei não deve ter o papel protagonista, mas sim um caráter de complementaridade com os restantes das instruções para alcançar êxito em melhorar a condição dos homossexuais na sociedade, que é o aspecto que traz preocupação aos liberais.<sup>105</sup>

Após a abordagem do liberalismo encerram-se os quatro tipos teóricos formulados por Sullivan. Todavia, o autor não se limita a apresentar quatro tipos teóricos de comportamentos da sociedade em face da homossexualidade, ele irá traçar um perfil que conjuga um pouco dos liberais e um pouco dos conservadores para determinar um tipo mais eficaz, ideal não apenas por não existir, mas também do sentido de ser tão perfeito que chega a ser utópico.

Segundo Sullivan, há uma alternativa política capaz de conciliar os melhores argumentos dos liberais e dos conservadores para alcançar um tipo praticamente perfeito. Para que seja possível o primeiro passo seria reconhecer algo que nenhum tipo teórico apresentado reconhece: o fato de que a homossexualidade é algo “*involuntário e não pode ser negada nem permanentemente reprimida.*”<sup>106</sup> E, ainda, este Estado que se diz neutro, na realidade não o é, pois é dele que surge boa parte da discriminação, como é o caso da vedação de homossexuais no âmbito militar e a ausência de previsão legal para o casamento civil de homossexuais. As ações deste Estado pretensamente neutro quanto tenta igualá-los acaba paternizando ou excluindo os homossexuais.

Assim, a saída segundo Sullivan seria, em primeiro lugar, abolir todas as formas de discriminação pública assegurando, desta maneira, que os homossexuais desfrutassem dos mesmos direitos e sobre eles recaíssem os mesmos deveres atribuídos aos heterossexuais. Isto seria “*sacramentar a igualdade pública formal.*”<sup>107</sup> Assim, as medidas seriam basicamente: erradicar toda a discriminação prévia do Estado com relação a homossexuais; incluir fatos relacionados a homossexuais no currículo didático escolar; recursos a tribunais, em se provando a ocorrência de discriminação por parte de órgãos estatais contra homossexuais,

---

<sup>105</sup> Ibidem., p. 115-158.

<sup>106</sup> Ibidem., p. 144.

<sup>107</sup> Idem.

oportunidades iguais de acesso às forças armadas e casamento e divórcio homossexuais legalmente previstos.<sup>108</sup>

Aqui o raciocínio fica ainda mais interessante, o argumento de Sullivan não é apenas o de determinar regras para a coação da discriminação por orientação sexual, mas realizar a alteração no próprio aparato estatal, para que a igualdade seja determinada pelo Estado, reconhecendo, principalmente, a igualdade de acesso ao serviço militar e o casamento, que são temas extremamente sensíveis. E inúmeros países ainda mostram-se reticentes em aceitar este patamar de igualdade.

Especificamente no que tange com o casamento civil de homossexuais verifica-se que este assunto é extremamente complexo, até mesmo para os conservadores que respeitam os indivíduos têm resistência em aceitar, exatamente pelo fato de que o casamento implica no reconhecimento público destes relacionamentos que, quando muito, são tolerados apenas na esfera privada. Ou seja, na vida privada são aceitos, mas quando estes relacionamentos começam a transparecer na esfera pública começam a incomodar e são proibidos. De acordo com Sullivan: *“O casamento não é simplesmente um contrato privado; é um reconhecimento social e público de um envolvimento privado. Como tal é o mais elevado nível de reconhecimento público da integridade pessoal, negá-lo aos homossexuais é a maior afronta pública possível a sua igualdade pública”*<sup>109</sup> O Estado não pode determinar que particulares tratem igualmente àqueles que o próprio Estado nega igualdade.

Alguns argumentos são manejados para justificar a impossibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, um deles é que o casamento implica na união macho fêmea, no entanto este argumento cai por terra, pois há muito tempo não se utiliza a concepção de que a finalidade do casamento é a procriação, se assim não fosse as pessoas inférteis não poderia casar, e os casamentos que não originam filhos poderiam ser extintos, fatos que não ocorrem. Então, o casamento, não necessariamente implica a diversidade de sexos, mas muito mais que isto, a afetividade, a cooperação.<sup>110</sup>

Tanto isso é relevante que nos Estados Unidos existe o instituto da parceria doméstica, que leva em consideração a cooperação mútua mesmo que as pessoas envolvidas sejam do mesmo sexo e estende aos componentes alguns direitos originalmente conferidos aos legalmente casados.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Ibidem., p. 145.

<sup>109</sup> Ibidem., p. 150.

<sup>110</sup> Ibidem., p. 151.

<sup>111</sup> Idem.

Atualmente, a maioria das legislações proíbe algumas modalidades de casamento por razões óbvias, como por exemplo: o casamento entre pessoas que não tem o devido discernimento dos seus atos – como o casamento entre menores, ou entre um adulto e um menor; o casamento entre parentes em razão do envolvimento emocional e psicológico entre eles; e, ainda, o incesto é proibido em razão da ameaça que representa para a confiança e a responsabilidade que a família representa para os menores. Os casamentos homossexuais não se encaixam em nenhuma das proibições legais motivadas acima citadas, ou seja, não existe fundamento para uma eventual proibição.<sup>112</sup>

E, ainda, uma das críticas que Sullivan teceu em face dos liberais foi de que pretendiam resolver os problemas dos indivíduos homossexuais por meio unicamente da lei. Pode parecer num primeiro momento que Sullivan incorre no mesmo erro, mas não. Seu raciocínio aponta que o reconhecimento do casamento homossexual irá ensejar inúmeras melhoras na qualidade de vida individuais destes indivíduos.

Em primeiro lugar aponta que este reconhecimento pelo Estado pode ensejar um número maior de relacionamentos monogâmicos entre os homossexuais; pode fazer com que o índice de alto rejeição dos homossexuais com relação a eles mesmos diminua; a instituição do casamento pode fazer com que sutilmente desde muito cedo as crianças entendam que ter outra orientação sexual é normal e pode gerar felicidade da mesma forma que um relacionamento heterossexual; pode diminuir o nível de discriminação entre os particulares, uma vez que o Estado reconheceu um direito, um instituto tão importante o nível de resistência contra os homossexuais poderia diminuir, ou pelo menos não ser tão público como é atualmente.

Assim, mesmo sendo impossível condensar todo o pensamento de Sullivan com relação ao comportamento do Estado em face dos relacionamentos homossexuais, em linhas gerais pode-se concluir que, dos quatro primeiros tipos teóricos nenhum deles reconhece que a orientação sexual é inata, e, portanto, incontrolável. E, ainda, mesmo os tipos teóricos que visam conferir aos indivíduos homossexuais igualdade, pecam pelo fato de que não reconhecem verdadeiramente que os homossexuais são iguais, na medida em que os excluem de alguns direitos e de algumas esferas estatais.

Para o autor o tipo perfeito é o Estado que se iguala na esfera de atuação pública os indivíduos homossexuais como sujeitos de direitos e deveres tal qual os heterossexuais. E isto

---

<sup>112</sup> Ibidem., p. 152.

implica em reconhecer, dentre outros direitos, dois muito sensíveis: o acesso igual às forças armadas e o reconhecimento do casamento e divórcio legalmente previstos.

A partir do momento em que o Estado reconhece o casamento civil igualitário – visto como expressão pública de afeto e companheirismo entre duas pessoas – em primeiro lugar estas pessoas irão gozar um nível de dignidade mais próximo do pleno; em segundo lugar elas próprias, a partir do reconhecimento desta igualdade, se aceitarão com mais facilidade, pois estão beirando a normalidade; desde as crianças poderão de forma gradativa e sutil perceber que existem mais opções além da hetero e se um dia se descobrirem homossexuais irão se encarar de uma maneira mais natural. Significa deslocar a expressão dos relacionamentos sexuais entre pessoas do mesmo sexo dos guetos, boates e becos para o seio da família.

Em suma, reconhecimento do Estado do casamento civil dos homossexuais constitui um grande passo para a redução das desigualdades e, ainda, para a promoção da aceitação tanto do restante da sociedade em face dos homossexuais, diminuindo a discriminação, como dos próprios homossexuais com relação a eles mesmos.

### 1.3 A HOMOSSEXUALIDADE PELA MEDICINA, BIOLOGIA E PSICOLOGIA.

Os capítulos anteriores se ocuparam de trazer respectivamente a origem e as ocorrências dos relacionamentos homossexuais na história, bem como quais as possíveis reações da sociedade em face deste fato social. Um ponto em comum nos dois últimos capítulos é a discussão a respeito de tratar-se de uma condição física incontável, um instinto ou uma escolha, uma opção. Em determinados períodos históricos e para cada tipo teórico desenvolvido por Sullivan a concepção era diferente.

Da análise histórica verifica-se que no Brasil colonial a prática homossexual era considerada como “*hediondo pecado, péssimo e horrendo, provocador da ira de Deus e execrável até pelo próprio Diabo*” de acordo com as determinações do Arcebispo da Bahia, datadas de 1707.<sup>113</sup>

Na sequência, a homossexualidade passou por um período em que era considerada como crime até aproximadamente 1830 com o advento do Código Criminal do Império deixando de utilizar as disposições das Ordenações Filipinas que criminalizavam a Conduta.<sup>114</sup>

No entanto, mesmo após a descriminalização da conduta o Brasil, passou a considerar a homossexualidade como doença. Exemplo disso é o fato de que o extinto INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social -<sup>115</sup> inseria o comportamento homossexual no seu rol de doenças. Esta inserção foi fruto de alguns estudos no campo da medicina que concluíam pela patologia da conduta.

Ou seja, neste ponto verifica-se que os homossexuais, no decorrer da história passaram por diversas perspectivas: primeiro a expressão de sua sexualidade era considerada pecado, depois crime e a partir da segunda metade do Século XIX, foi considerada uma patologia.

<sup>113</sup> FRY, Peter; MACRAE, Edward. **O que é a homossexualidade**. São Paulo: 1985, p. 60-61.

<sup>114</sup> RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. in: FONSECA, Claudia; TERTO JUNIOR, Veriano; ALVES, Caleb Farias. (Org.) **Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004, p.143.

<sup>115</sup> O INAMPS foi criado pelo regime militar em 1974 pelo desmembramento do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que hoje é o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS); era uma autarquia filiada ao Ministério da Previdência e Assistência Social (hoje Ministério da Previdência Social), e tinha a finalidade de prestar atendimento médico aos que contribuía com a previdência social, ou seja, aos empregados de carteira assinada. Foi totalmente extinto em 1993.

Os estudos que afirmam que a homossexualidade era patologia, no Brasil, fundamentavam-se na obra do médico carioca Pires de Almeida que, em 1906, escreveu a obra *Homossexualismo A libertinagem no Rio de Janeiro*, no qual afirma que: “*Mais que todos os seres, o homem, pelas suas paixões e por seus instintos libidinosos, corrompe e arruína a própria saúde, destruindo as fontes de vida*”.<sup>116</sup>

A partir desta obra a área médica avocou para si o poder de dizer a verdade sobre a homossexualidade, e é dos médicos a responsabilidade por transformá-la em patologia. Em vista de que quando considerada crime exigida punição e ao ser considerada doença exigia cura e correção.

Neste sentido, Leonídio Ribeiro, em 1939, afirmou que: “*No século passado foi que o problema do homossexualismo começou a ser estudado por médicos e psiquiatras interessados em descobrir as causas, a fim de que juristas e sociólogos pudessem modificar as legislações existentes todas baseadas em noções empíricas e antigos preconceitos, e fosse possível seu tratamento em moldes científicos*”.<sup>117</sup>

Deste modo, a área médica acreditava ser um avanço deixar de considerar pecado ou crime, mas tratar os homossexuais como doentes, Leonídio Ribeiro continua: “A medicina havia libertado os loucos das prisões. Uma vez ainda, seria ela que salvaria de humilhação esses pobres indivíduos, muitos deles vítimas de suas taras e anomalias, pelas quaes (siq) não podiam ser responsáveis”.<sup>118</sup>

Na medicina em 1890, o médico Húngaro Karoly Maria Benkert, cunhou o termo “uranista” para o se referir aos relacionamentos que ocorriam entre pessoas do mesmo sexo, em referência à musa Urânia, mito contado por Platão, que seria a deusa inspiradora do amor e da atração entre pessoas do mesmo sexo. O termo uranista não faz diferenciação entre o sujeito ativo e passivo da relação, como o faz a população em geral, não importa qual o papel desempenhado, pois se pratica relação sexual com indivíduo do mesmo sexo é considerado uranista – termo utilizado como sinônimo para homossexual.<sup>119</sup>

Algumas pesquisas médicas apontaram que as prováveis causas da homossexualidade se dividiam em duas: biológicas e sociais, sendo que as predisposições

---

<sup>116</sup> FRY, Peter; MACRAE, Edward. **O que é a homossexualidade**. São Paulo: 1985, p. 60-61.

<sup>117</sup> *Ibidem.*, p. 62.

<sup>118</sup> *Idem.*

<sup>119</sup> *Idem.*

orgânicas seriam agravadas pela influência do ambiente. Donde surge a figura do homossexual considerado esquizofrênico e paranóide.<sup>120</sup>

Ao reconhecer a homossexualidade como doença, a medicina logra êxito em retirar os homossexuais da prisão para, em seguida, jogá-los no manicômio judiciário. Acreditava-se que alguns casos eram ensejados por problemas de glândulas internas, mas havia os casos de filhos criados apenas pelas mães e, nestes casos, a solução era separá-los do ambiente familiar.

A parte mais assustadora desta perspectiva de homossexualidade como doença são as técnicas de “cura” empregadas pelo Estado. Como havia indícios de que o problema estaria situado no lóbulo frontal do cérebro, eram determinadas cirurgias para a retirada desta parte relacionada com a produção de prazer. Em meados de 1970, praticava-se a técnica de queimar, por meio de choques elétricos, a seção de hipotálamos, método que foi utilizado em muitos jovens americanos homossexuais, pedófilos, mas esta técnica causava o efeito colateral de torná-los incapazes de sentir prazer. Sem contar a técnica de castração utilizada, nos Estados Unidos, para punir crimes sexuais.<sup>121</sup>

Dos relatos até o momento expostos verifica-se que a medicina afirmou que a homossexualidade era doença, mas com base em suposições e, pior, os homossexuais deixaram de ser tratados como criminosos e passaram a ser tratados como doentes, ou seja, foram retirados das prisões e enviados aos manicômios judiciários, situação que pode ser considerada pior, pois nos manicômios eram submetidos a tratamentos experimentais para a promoção da suposta cura. Tais tratamentos equiparavam-se à prática de tortura, pois envolviam seções de choque, sem sequer ter a prova comprovada da eficácia dos referidos tratamentos, ou seja, apenas piorou a situação dos homossexuais.

Já que tange com a psicanálise a homossexualidade seria quase incurável, com a identificação de quatro principais causas de acordo com Freud:

A primeira seria a fixação quando um indivíduo deixava de completar adequadamente todas as etapas do processo de amadurecimento permanecendo fixado a uma delas. A segunda seria o medo da castração, resultante de um desejo infantil pela mãe e o medo de uma punição por parte de um pai ciumento. A terceira é o narcisismo. Segundo Freud, o homossexual procuraria um parceiro parecido consigo, pois inconscientemente desejava amar a si mesmo. A quarta seria a identificação com um dos pais do sexo oposto,

---

<sup>120</sup> FRY, Peter; MACRAE, Edward. **O que é a homossexualidade**. São Paulo: 1985, p. 65.

<sup>121</sup> *Ibidem.*, 70-72.



o que levaria a pessoa a copiar a sua preferência sexual. Isto ocorria muito com meninos que tivessem mães dominadoras e pais ausentes.”<sup>122</sup>

Em linhas gerais, a psicanálise tenta identificar os fatos que culminam no comportamento homossexual, mas não buscam mecanismos de cura.

A primeira grande investigação biológica realizada sobre a orientação sexual foi publicada em 1991, na *New York Times* e na *Times*, nesta pesquisa alguns geneticistas afirmavam que os homossexuais eram “fruto de uma criação em separado, neste caso, a criação biológica. Os gays, eles argumentavam, eram seres humanos biologicamente distintos”.<sup>123</sup> Ou seja, esta pesquisa concluiu que os homossexuais eram biologicamente distintos dos demais.

Para Chandler Burr, a questão correlata à homossexualidade ainda é uma “caixa preta” : “é termo do ramo, usado por biólogos para se referir a qualquer característica humana que observamos, estudamos e medimos mas cujas – origens – que genes o formaram, que hormônios o fizeram assim – permanecem misteriosa ”.<sup>124</sup> Assim, os biólogos reconhecem que o indivíduo homossexual é biologicamente diferente do heterossexual, mas ainda é difícil identifica o que enseja esta diferença. No entanto, diversos estudos tentaram encontrar a resposta.

Apesar de não saber o que origina esta condição, Chandler Burr, identifica um rol de certezas, dentre elas enumeradas as principais:

1. Biólogos se referem à característica como um disformismo estável, expresso comportamentalmente;
2. ela existe sob a forma de duas orientações básicas internas, invisíveis. Estima-se que mais de 90% da população tem a orientação sexual majoritária e menos de 10% (um estudo confiável faz o cálculo de 7,89%) orientação minoritária, embora haja debates a respeito do percentual exato.
3. Apenas um número reduzidos de pessoas é orientado, de fato, da igualmente das duas maneiras.<sup>125</sup>

No entanto, uma das conclusões mais relevantes conclui que:

---

<sup>122</sup> Ibidem., p. 73.

<sup>123</sup> BURR, Chandler. **Criação em separado: como a Biologia nos faz homo ou hetero**. Tradução Ary Quintella. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 18.

<sup>124</sup> Ibidem., p. 19.

<sup>125</sup> Ibidem., p. 20.

6. Como a característica é interna e invisível, a única maneira de identificar a orientação de uma pessoa é observar o comportamento dela ou os reflexos que o expressem. Entretanto:

7. Em si mesmo, a característica não é um ‘comportamento’. É uma orientação neurológica expressa, em certos momentos, comportamentalmente. Uma pessoa com uma orientação minoritária pode assumir, quase sempre em função de coerção ou pressão social, um comportamento que apreça exprimir a orientação majoritária – há muitas décadas, os que tinham a orientação minoritária eram com frequência forçados a se comportar como se tivessem orientação majoritária –mas, internamente, a orientação permanecia a mesma. Quando as pressões sociais terminaram, a orientação minoritária tornou-se mais aberta e comumente expressa na sociedade.

8. Nenhuma orientação é doença física ou mental. Nenhuma delas é patológica.

9. Nenhuma orientação é escolhida.<sup>126</sup>

Assim, a biologia para além da medicina avançou no sentido de deixar comprovado que a homossexualidade não é patológica, e que não é uma opção, mas uma orientação inerente ao indivíduo. Um exemplo trazido pela biologia é a questão da lateralidade – característica de dominar os dois lados do corpo, enquanto algumas pessoas são destros e outras canhotas – que, é conhecida da biologia, mas e também considerada uma caixa preta, é sabido que não é opcional.

Ou seja, quando uma pessoa é destra ela mediante esforço e treino até pode escrever com a mão esquerda, mas isso não significa que ela seja canhota, apenas que consegue desempenhar esta função. O mesmo ocorre com os homossexuais que conseguem ter atividade sexual com mulheres, seja por pressão social ou por qualquer outro motivo, isto não faz dele um indivíduo heterossexual.<sup>127</sup>

Após alguns anos de pesquisa constatou que para além dos órgãos sexuais, outras partes do corpo encarregam-se de identificar o gênero, tais como os quadris, dentre eles o cérebro também identifica o gênero. E, ainda, foi detectada diferença no tamanho do cérebro dos homens, mulheres e homossexuais. *“As levadas de cadáveres disponibilizados com o advento da AIDS, possibilitaram a ampliação dos estudos, levando algumas pesquisas a concluir que a região do hipotálamo denominada NIH3HA é duas vezes menor nas mulheres*

---

<sup>126</sup> BURR, Chandler. **Criação em separado: como a Biologia nos faz homo ou hetero**. Tradução Ary Quintella. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 21.

<sup>127</sup> Ibidem., p. 23.

*e nos homossexuais. Concluindo que a homossexualidade estava ligada a um substrato biológico.”*<sup>128</sup>

Um grande avanço na história homossexual foi alcançada pelas pesquisas biológicas, mas ainda há muito o que descobrir e as pesquisas após identificarem diferenças biológicas e determinarem que a homossexualidade não é uma opção, mas orientação e que não se trata de doença, as pesquisas prosseguem no sentido de abrir a caixa preta e descobrir o que enseja esta diferença.

No entanto, os próprios pesquisadores mostram-se receosos com a utilização dos resultados numa hipótese de êxito na descoberta do motivo da diferença biológica entre homossexuais e heterossexuais, um dos motivos para a preocupação seria a possibilidade de uma mãe descobrir ainda na gestação que seu filho terá orientação sexual e desejar realizar o aborto.

Outra preocupação se deu no sentido em que a partir do momento que se seja possível identificar o tal gene homossexual, o exército, hospitais e demais entidades que tenham o acesso ao material genético das pessoas possam descobrir sua orientação, sendo que atualmente muitos homossexuais preferem manter-se no anonimato. Se um dia as pesquisas avançarem a ponto de identificar a origem deste gene isto poderia implicar numa invasão da esfera privada dos indivíduos homossexuais sem precedentes, pois retiraria dos homossexuais a opção de se esconder.<sup>129</sup>

Os resultados obtidos na área biológica influenciaram a medicina, em 1988 a Organização Mundial da Saúde excluiu a homossexualidade do catálogo de doenças.<sup>130</sup> E, ainda, o Compêndio de Psiquiatria, de abril de 1974, estabeleceu que a homossexualidade por si não poderia ser considerada uma perturbação mental, e portanto, não deveria ser tratada como tal. No entanto, tal compêndio menciona que mesmo que a homossexualidade não seja considerada doença, para algumas pessoas incide uma aflição contínua associada com a preferência por parceiros do mesmo sexo e que o indivíduo experimenta uma forte ânsia de mudar o comportamento, ou, pelo menos de aliviar a aflição ligada com a homossexualidade.

---

<sup>128</sup> DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTR, 2000, p. 29.

<sup>129</sup> BURR, Chandler. **Criação em separado: como a Biologia nos faz homo ou hetero**. Tradução Ary Quintella. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 23.

<sup>130</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE: CID-10: classificação de transtornos mentais e de comportamento: critérios diagnósticos para pesquisa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988, p.155.

A este transtorno denominou-se homossexualidade ego-distônica – a angústia que a pessoa sente por ser homossexual.<sup>131</sup>

Da análise deste tópico depreende-se que as pesquisas realizadas nas áreas médicas do início do século XX junto com a afirmação de que a homossexualidade era doença trouxeram consigo a necessidade de apresentar um mecanismo de cura, como a afirmação de que se tratava de patologia não tinha fundamentos sólidos os tratamentos prescritos para o tratamento mais pareciam sessões de tortura, pois envolviam cirurgias para a retirada de parte do lóbulo frontal ou sessões de choques cuja finalidade seria queimar algumas partes do cérebro que produziam o estímulo ao prazer.

A psicologia, por sua vez, se encarregou de identificar algumas possíveis causas para a ocorrência da homossexualidade, mas não logrou êxito em comprovar efetivamente quais seriam os fatores preponderantes que ensejavam o desejo por pessoas do mesmo sexo. Mas, avançou no sentido reconhecer que não se tratava de distúrbio e como tal não deveria ser tratado.

A medicina, no final dos anos 80, finalmente reconheceu que não se tratava de doença e retirou o distúrbio por orientação do CID-10 da Organização Mundial da Saúde. Este posicionamento da área médica resultou, inclusive, na alteração na denominação de homossexualismo – cujo sufixo -ismo remetia à ideia de patologia – para a denominação homossexualidade – que, de maneira mais natural, o sufixo -dade remete à condição da pessoa, passando a conferir maior naturalidade ao trato com as pessoas homossexuais.

Assim, os avanços nas áreas da medicina, psicologia e biologia, no sentido de que a homossexualidade seria algo normal, apenas uma característica inerente à pessoa, deveriam influenciar a sociedade no sentido de aceitar estes relacionamentos com maior naturalidade. No entanto, ante os relatos homofóbicos, a sociedade demonstra não ter ainda evoluído ao ponto de reconhecer esta normalidade. Esta é a razão pela qual no título deste capítulo o termo normalidade é citado entre aspas, pois esta normalidade ainda não é amplamente reconhecida pela sociedade.

---

<sup>131</sup> KAPLAN, Sadock. **Compêndio de Psiquiatria Dinâmica**. 4.e. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988, p. 484-487.

#### 1.4 SÍNTESE CONCLUSIVA DO PRIMEIRO CAPÍTULO:

Da análise deste primeiro capítulo algumas conclusões podem ser extraídas, a primeira delas é que inequivocamente as relações homossexuais – havidas entre pessoas do mesmo sexo existem desde muito tempo em nossa sociedade. Com o decorrer dos anos e em cada sociedade este relacionamento foi tratado de formas diferentes. De acordo com os relatos bíblicos os relacionamentos homossexuais não seriam aprovados, segundo alguns autores, o fato não está relacionado ao ato sexual em si, mas por estarem relacionados a rituais pagãos.

Na Grécia Antiga era um meio de transmitir conhecimento entre os homens mais velhos e os mais novos, na América pré Colombiana os *berdaches* eram considerados especiais e ao casarem-se concediam condições especiais à suas famílias. A partir da influência da igreja no Estado, a partir da Idade Média, iniciou-se o período de grande repressão aos homossexuais que perdurou durante muito tempo.

No Brasil, há relatos destes relacionamentos desde o período pré-colonial, pois a homossexualidade não era novidade entre as tribos de índios que aqui habitavam e, ainda, as relações homossexuais entre curandeiros mais velhos e os mais jovens tinha a finalidade de transferir-lhes o conhecimento.

Ou seja, mediante estes relatos é incontestável o fato de que os relacionamentos homossexuais sempre estiveram presentes na sociedade. No que concerne à reação da sociedade em face da homossexualidade não é possível afirmar, como já dito, que sempre foi de repressão, pois algumas sociedades não só a aceitavam como a colocavam em patamar de superioridade ou até divindade. Assim, com base nos ensinamentos de Andrew Sullivan, que apresenta quatro tipos ideais, que apesar de não serem reais, apresentam semelhança com alguns relatos históricos.

Os proibicionistas, que negam a ocorrência de homossexuais, pois todos nascem heterossexuais, sendo a homossexualidade umas um costume, merece ser reprimido, pois com base na bíblia pervertem a finalidade de procriação da relação sexual e é considerado pecado perante a bíblia. Em primeiro lugar, a sociedade moderna já abandonou o casamento com função de criar filhos, pois há casamentos sem filhos e pessoas estéreis que se casam. Com relação aos versículos da Bíblia que repreendem as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, esta repreensão se dá por motivo da impureza dos rituais, e pelo mesmo motivo proibia atividade sexual durante o período menstrual e a ingestão de carne de porco. Destas

proibições, apenas as relações homossexuais permanecem, por este motivo, não prospera a teoria proibicionista.

Os liberacionistas entendem que, tal qual os proibicionistas, que não há homossexuais, mas apenas indivíduos que se deixam influenciar por seu meio. Sua tese é refutada no aspecto de que defende a plena liberdade dos indivíduos, mas determina que a técnica do *outing* – apontamento público dos homossexuais tornando visível a todos sua orientação sexual independentemente de seu consentimento – seja benéfica para os homossexuais. Ou seja, se opõe as regras de opressão, mas defende a prática de uma regra que se mostra tão opressora quanto a discriminação.

Os conservadores têm como marca principal a discrição e sucintamente não concordam com discriminação, ataques e afrontas aos direitos destes indivíduos, não têm nada contra as práticas sexuais homossexuais sociais no meio privado, mas são contra à manifestação pública de carinho entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, com esta suposta imparcialidade não é possível resolver os problemas em questão, e, ainda não adianta muito defender apenas a esfera privada, pois é na esfera pública que as discriminações mais acontecem.

Já para os liberais há um misto de compulsão e opção, sendo impossível identificá-las. Os liberais entendem que leis que aumentem o rigor das leis antidiscriminatórias já seriam suficientes para diminuir a discriminação generalizando todas as minorias, negros, latinos, mulheres e homossexuais. De acordo com Sullivan este tipo teórico peca por, em primeiro lugar, se distanciar o ideal liberal de nãointervenção, e ainda, em acreditar que a lei pode resolver todos os problemas de discriminação contra homossexuais.

Por fim, Sullivan apresenta um modelo de teórico utópico que conjugaria o melhor de dois mundos, dos conservadores e dos liberais. Este tipo teórico misto teria como instrumento a lei, mas uma legislação que determinasse dois aspectos chave: o acesso de igualdade no serviço militar e a permissão do casamento e divórcio civil de homossexuais. O reconhecimento destas possibilidades, em especial, a do casamento influenciaria sobremaneira na diminuição da discriminação da sociedade; faria com que os próprios homossexuais se aceitassem mais facilmente; promoveria as relações homossexuais que comumente se dão nos locais obscuros das cidades para o ventre familiar; possibilitaria que as crianças desde pequenas entendessem que os homossexuais são diferentes, mas devem ser tratados iguais e que se um dia se perceberem homossexuais terão a certeza de que poderão, igualmente, constituir família e se realizarem enquanto pessoas. Ou seja, para Sullivan dentre outros, o

reconhecimento do direito de se casar civilmente tem o poder de alterar sobremaneira a forma como os homossexuais são vistos pela sociedade, é uma forma do Estado tratá-los de maneira igual e promover a igualdade perante a sociedade.

Conclui-se, ainda que, a psicologia, a medicina e a biologia são uníssonas em afirmar que a homossexualidade não é doença, tampouco distúrbio mental e que, portanto, não merece ser reprimida, tampouco, passível de cura. Neste tópico, justifica-se cientificamente, os motivos pelos quais o estudo tem preferido adotar a nomenclatura orientação ao invés de opção, pois está claro que não se trata de uma escolha – trata-se de questão biológica. E, ainda, a preferência ao termo homossexualidade ao termo homossexualismo, pois este último denota a condição de patologia ausente na maioria dos casos de homossexualidade.

Os avanços da biologia, medicina e psicologia direcionam no sentido de que a homossexualidade é algo normal, apenas uma característica do indivíduo. No entanto, diante de inúmeros relatos de perseguição e assassinatos de homossexuais, depreende-se que esta normalidade não foi aceita pela sociedade de maneira homogênea.

Ao encerrar este primeiro capítulo restou evidente que os relacionamentos homossexuais sempre estiveram presentes, ou seja, é um fato histórico. Que segundo historiadores não deve ser considerado pecado, pois os motivos bíblicos de proibição se deram em razão de ser parte de rituais pagãos. E, ainda, que apesar de alguns países criminalizarem a conduta, alguns com pena de morte, estes são a minoria, pois grande parte dos países do mundo descriminalizou a conduta, sendo que o Brasil o fez em 1830 ao abandonar as Ordenações Filipinas. E comprovadamente não se trata de doença ou distúrbio mental.

Salutar trazer os ensinamentos de Maria Berenice DIAS que traça um breve perfil da situação atual e condiz com tudo o que foi apresentado até o presente momento:

A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é doença nem vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois quando se buscam causas, parece que se está atrás de remédio, de um tratamento para encontrar a cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é doença que, na Classificação Internacional das doenças – CID, está inserida no capítulo dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias

Psicossociais. O termo “homossexualismo” foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo “ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade” significa modo de ser.<sup>132</sup>

Assim, se não é pecado não é crime e não é doença o Estado deve a estes indivíduos uma resposta não apenas no sentido de coibir a discriminação, mas também de promover a igualdade na esfera pública e reconhecer a juridicidade destes relacionamentos.

Do relato histórico do Brasil até o período atual depreende-se que a sociedade brasileira se assemelha ao tipo teórico Conservador, pois no discurso condena a discriminação, porém na prática não institui maneiras eficazes para a coerção de atos discriminatórios e, não desenvolve medidas para a promoção da igualdade material dos homossexuais.

Com base no tipo utópico de Sullivan que alia o melhor dos conservadores e dos liberais, a solução mais eficaz para a promoção da igualdade entre os homossexuais e os demais seria promover, em primeiro lugar, a igualdade nos órgãos estatais, dentre outras atitudes: promovendo o acesso ao serviço militar de forma igualitária e instituindo o casamento civil e divórcio igualitário.

Deste modo, verifica-se, em especial, que a permissão para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo tem o condão de promover para além da esfera individual de realizações pessoais dos homossexuais como também promover a igualdade tão almejada.

Neste ponto, resta clara a escolha do título deste capítulo que apresenta os relatos históricos desde a antiguidade, até a contemporaneidade. Apresentou ainda os avanços nas áreas da medicina, psicologia e biologia, no sentido de que a homossexualidade é algo normal. Assim, a homossexualidade já foi considerada pecado, doença e atualmente deveria ser considerada apenas uma característica da personalidade de algumas pessoas. No entanto, ante os relatos homofóbicos, a sociedade demonstra não ter ainda aceitado esta normalidade. Esta é a razão pela qual no título deste capítulo o termo normalidade é citado entre aspas, pois esta normalidade ainda não é amplamente reconhecida pela sociedade.

Assim, tendo em vista o processo de constitucionalização do Direito Civil, e os inúmeros direitos constitucionalmente previstos que fundamentam o reconhecimento jurídico dos relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo o próximo tópico se encarregará

---

<sup>132</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182-183.



de trazer a maneira como o Poder Legislativo tem se comportado com relação aos relacionamentos homossexuais.

## 2. O APARATO LEGISLATIVO PÁTRIO E A HOMOAFETIVIDADE

A importância da abordagem do capítulo anterior se reflete no suporte que dará para a compreensão do presente capítulo, no sentido em que o comportamento da sociedade no que tange com os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo gera consequências no tratamento despendido pelo ordenamento jurídico, mais especificamente no que refere com o arcabouço normativo relacionado ao tema.

Este capítulo se encarregará de abordar quais os posicionamentos o Direito tem tomado com relação a este fato social. Busca-se identificar como o Direito lidou e tem lidado com os relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo precipuamente no Brasil. Sendo de fundamental importância esta abordagem para que se tenha em mente o motivo pelo qual este assunto desaguou no Poder Judiciário – cujo posicionamento será abordado no último tópico deste trabalho.

Conforme restou demonstrado no capítulo anterior, o comportamento da sociedade brasileira contemporânea ante aos relacionamentos homoafetivos é similar ao tipo teórico conservador talhado por Andrew Sullivan. No sentido em que tem o discurso de não discriminação e contrariedade aos atos de perseguição, mas na prática não detém mecanismos de coerção à homofobia, tampouco, um complexo de leis que lhes garantam direitos.

Em primeiro lugar, apesar de várias outras alternativas para a formação do arcabouço normativo de um ordenamento jurídico, nossa sociedade ainda nutre um certo fetiche pela lei, tal qual no positivismo, em que as normas eram soberanas. É certo que, com o advento do pós positivismo, o entendimento quanto às leis evoluíram no sentido de que admitiu-se a atividade de interpretação da norma.

Para Muller,<sup>133</sup> partidário do Pós Positivismo, o texto não se confunde com norma. Para ele, a norma seria o produto da interpretação dos enunciados linguísticos através da

---

<sup>133</sup> Etapas propostas por Muller: **1º. Enunciado linguístico (posto pelo estado)**: ponto de partida de aplicação do processo de constitucional de normas. Para o positivismo a norma já está aqui, para o Muller é simplesmente é a ponta do ice Berg, a ponta que aparece. A norma resulta da interpretação do enunciado. O produto desta interpretação, não é ainda a norma, é o que o Muller chama de **programa normativo**. Devendo levar em consideração sistematicamente o conjunto de interpretação que integram a tradição de uma determinada comunidade. Até mesmo os métodos de Savigny e os precedentes ajudam a compreender o enunciado linguístico. O campo de pré-compreensão também atua (subjetividade e ideologia). **Os pré juízos devem passar por um teste de racionalidade**. Não é um método sistemático, mas de considerar sistematicamente o método. **2º. Programa normativo** – ainda não é a norma, existem elementos da realidade e do contexto que interferem na construção da norma. A partir do programa normativo se estabelece um **recorte sobre a realidade**. **3º. Âmbito normativo** – campo da realidade sob o qual incide o programa normativo. Não conhecemos âmbito

análise do caso concreto. De acordo com Muller, a norma não está dada ela é construída, é uma atividade cultural de compreensão. Para ele a construção da norma depende de elementos da realidade, do contexto. Logo, a norma depende do contexto e pode ser interpretada, ou seja, ela não vem pronta e acabada, ela vai se adequando aos casos concretos.

Tendo em vista que, segundo Canotilho, o ordenamento é composto de normas, deste grupo das normas há uma subdivisão entre regras e princípios. Sendo que as regras são mais rígidas e previsíveis, enquanto os princípios mais vagos e imprecisos.<sup>134</sup> Nosso ordenamento é misto, pois comporta tanto regras quanto princípios, com vista a fazer deste, um sistema harmônico, e também com mais flexibilidade e com mais margem à interpretação e adequação ao mundo fático. E, ainda, o fato do ordenamento jurídico ser composto de princípios, identifica-se mais fortemente a necessidade da atividade interpretativa, em razão de sua imprecisão.

Com o advento do Neoconstitucionalismo, este mostrou-se uma alternativa ao positivismo adotado pelo constitucionalismo. Levando-se em consideração, o Direito ser composto de regras e princípios, seria extremamente necessário lançar mão de técnicas interpretativas para a aplicação deste direito.<sup>135</sup> No entanto, a sociedade de uma maneira geral, apesar dos apelos do Pós Positivismo Neoconstitucionalista<sup>136</sup>, nutre forte apego à legislação.

Num contexto de sociedade plural<sup>137</sup>, de um país com o Brasil de dimensões continentais é quase impossível elaborar leis que abranjam a totalidade dos indivíduos de maneira uniforme. Num mesmo país convivem descendentes de vários países – oriundos de diversas culturas - que participaram da colonização e ainda há índios e negros, todos com demandas e tratamentos diferenciados. Logo, a atividade interpretativa e integrativa das leis é importante, ainda mais, se atrelada com o texto constitucional como parâmetro.

Seria como somente houvesse direito onde a lei estiver presente. No entanto, não se pode esquecer que, num contexto de Estado Democrático de Direito sob à luz de uma

normativo, o que chega ao intérprete, são as alegações das partes, deste modo, a verdade em relação do âmbito normativo é construída. Usa provas, perícias... etc. **4º. Setor normativo** – de acordo com o contexto. É o fruto da interpretação do âmbito normativo. Daí advém a conclusão do âmbito normativo, a norma. MULLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. CEPC: Madrid, 1989, p. 111-126.

<sup>134</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.e. Rio de Janeiro: Almedina, 2010, p. 1159-1187.

<sup>135</sup> POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210.

<sup>136</sup> Tendo em vista que no Positivismo o conteúdo da norma se confundida com o enunciado normativo, no Pós Positivismo o conteúdo da norma pode ser extraído através da atividade interpretativa na análise do caso concreto.

<sup>137</sup> CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.96.

Constituição Federal Cidadã, todas as leis devem ser lidas e interpretadas de acordo com os ditames desta Carta Magna. E, mesmo na ausência de legislação, nenhum direito previsto na Constituição pode ter seu exercício obstado, tampouco, se admitirá afronta aos princípios nela expressos, sob pena, em qualquer dos casos, de declaração de inconstitucionalidade, quer seja por ação, quer seja por omissão.

Até o presente momento foi traçado um panorama sobre como nosso ordenamento jurídico vê as normas, as leis mais especificamente. No entanto, uma ressalva a mais merece ser feita, de que a lei não tem a capacidade de prever todos os atos da vida civil e regulá-los. Ou seja, a lei não tem o condão de prever todas as situações que podem ocorrer na vida prática. Ao passo que, as lacunas existem e não podem constituir obstáculos para o exercício de direitos constitucionalmente previstos.

A incumbência de legislar cabe, tipicamente,<sup>138</sup> aos parlamentares que, deveriam fazê-lo no cumprimento do dever democrático. No caso em tela, o presente tópico analisará se o poder legislativo tem desempenhado a função de elaborar leis que acompanhem a realidade social no sentido de regulamentar uma situação fática recorrente no dia-a-dia – ou seja – a união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, é sabido que os códigos não dão conta de prever todas as demandas que ocorrem diariamente na sociedade, neste sentido Fachin: “... o código não consegue aprisionar todos os horizontes que ele mesmo se propõem a governar.”<sup>139</sup>

Não se pode esquecer que, num contexto Neoconstitucionalista, no qual todos os diplomas normativos devem ser interpretados à luz da Constituição, todo o arcabouço normativo atrelado ao tema deve ser lido com base na Carta Magna. Assim, torna-se necessária a dialética entre o direito civil e o direito constitucional. De acordo com Ana Carla Harmatiuk: “... *o papel da codificação perde sua centralidade, o qual passa a ser ocupada pela Constituição. Isto se dá por ela estar no ápice da hierarquia das fontes normativas e em razão de um necessário espírito de unidade, bem como de coerência, no sistema jurídico.*”<sup>140</sup>

Neste sentido, o primeiro tópico se encarregará de trazer, de maneira crítica, como o Poder Legislativo tem tratado o tema no que tange com as legislações que produziu – ou não - com vistas a regulamentar o relacionamento homoafetivo. Com a finalidade de trazer maior

---

<sup>138</sup> Frise-se que o Poder Legislativo cabe, tipicamente, legislar, pois aos demais poderes também é dado legislar, mesmo que atipicamente.

<sup>139</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 141.

<sup>140</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.134.

credibilidade ao presente estudo serão apresentados alguns dados estatísticos irrefutáveis que irão embasar a conclusão de como o Poder Legislativo tem se comportado quanto ao tema. E, ainda, trazer os motivos da adequação ou inadequação desta abordagem à luz da democracia.

Na sequência, o segundo tópico trará em breves linhas os argumentos doutrinários acerca dos fundamentos contrários e favoráveis ao reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos. Ante a ausência de legislação, por analogia, o instituto pátrio mais próximo dos relacionamentos homoafetivos seria a união estável, prevista na Constituição. Assim, este tópico se encarregará de demonstrar como a doutrina entende este fenômeno social, ante a ausência de legislação específica se o, eventual, reconhecimento destes relacionamentos traria afronta à Constituição Federal de 1988.

A falta de legislação não impede que os fatos ocorram na vida cotidiana. E, como não deixa, de ocorrer, dúvidas chegam nos demais poderes acerca de como proceder diante de tais fatos. O seguinte tópico irá se encarregar de demonstrar como os relacionamentos homoafetivos têm sido tratados administrativamente. Tendo em vista que, a ausência de lei não impede que o fato social ocorra no mundo fático as demandas perante os órgãos administrativos ocorreram, sendo assim, necessárias respostas algumas instruções normativas, portarias e demais normas foram editadas com vistas a resolver paliativamente a questão até que sobrevenham leis e regulem o tema.

O quarto tópico apresentará soluções alternativas, geralmente, oriundas do Poder Judiciário para abordar precariamente o tema, que apesar de não resolver totalmente o problema, ao menos, visaram garantir o gozo de alguns direitos nos casos individuais.

À exemplo da condução do no primeiro capítulo, o presente, trará uma síntese conclusiva do que se pode extrair do que se expuser com vistas a realizar um link com o último capítulo do trabalho e assim trazer maior coerência ao estudo.

## 2.1 POSICIONAMENTO DO PODER LEGISLATIVO – PROJETOS DE LEI

Não se pode esquecer que, num contexto Neoconstitucionalista<sup>141</sup>, no qual todos os diplomas normativos devem ser interpretados à luz da Constituição, todo o arcabouço

---

<sup>141</sup> Ciente de que o termo Neoconstitucionalismo causa certa aversão em alguns autores, pois há quem entenda que o Brasil sequer passou pela fase de Constitucionalismo, no presente caso utiliza-se o termo de

normativo atrelado ao tema deve ser lido com base na Carta Magna.<sup>142</sup> Tanto é que, havendo omissão do poder Legislativo em legislar de maneira a possibilitar a concretização dos direitos previstos na Constituição Federal, são previstos mecanismos para que tal omissão seja sanada.<sup>143</sup>

O capítulo anterior foi encerrado concluindo que, apesar de haver uma cultura no sentido de reprimir a discriminação sexual, na prática a discriminação ocorre, tanto que, apesar a abertura que vem ocorrendo nos últimos tempos, falar sobre sexualidade ainda é um dogma em várias áreas. No direito não é diferente. Nas casas legislativas existe certo receio em se tratar dos assuntos relacionados aos homossexuais.<sup>144</sup>

Por questões eleitoreiras evita-se tratar do assunto, logo os projetos não prosseguem, ou seja, as leis não são aprovadas. Isto é fato. Neste tópico, especificamente serão abordados alguns projetos de leis que tramitam ou tramitaram nas casas legislativas e apresentar a situação atual destas a fim de extrair o posicionamento do Poder Legislativo, mediante busca

---

maneira esperançosa, com base na concepção pioneira de Suzanna Pozzolo. Como espécie de resposta à crise pela qual passava o constitucionalismo, foi na década de 1990 que, Suzanna Pozzolo, em primeiro lugar, cunhou o termo Neoconstitucionalismo, que surgia de forma paradigmática. Para a autora, o Neoconstitucionalismo como teoria do direito de estado constitucional contemporâneo não é uma das possíveis reconstruções teórico-descritivas dos ordenamentos jurídicos constitucionais. Trata-se de uma teoria normativa de como tais ordenamentos deveriam ser. Um aspecto normativo desta teoria se põe em evidência univocamente na negação das teses da separação entre direito e moral, que termina por reduzir a normatividade do direito, justamente a moral. POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210.

<sup>142</sup> Paulo Ricardo a respeito do neoconstitucionalismo: Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união lingüística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios. SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 4 – outubro/novembro/dezembro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>> Acesso em: 26 out. 2013.

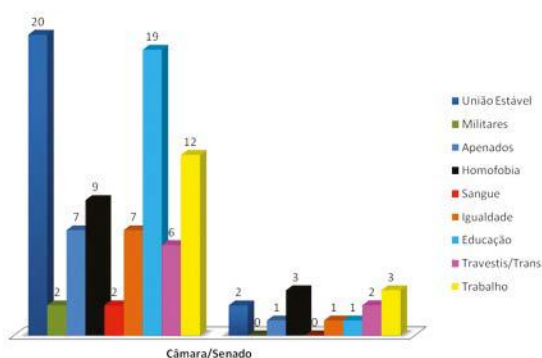
<sup>143</sup> O Mandado de Injunção, foi inserido no ordenamento jurídico pátrio em 1988, está previsto no art. 5º, LXXI, consubstancia-se em instrumento que torna algumas normas constitucionais potencialmente aplicáveis, sua função é fazer valer um direito previsto na norma constitucional, cujo exercício é inviabilizado pela inércia legislativa. Já a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, também inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1988, encontra respaldo no art. 103 da Carta Magna vigente. Diferentemente do Mandado de Injunção, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão tem por finalidade apenas dar ciência ao órgão omissor, e, em se tratando de omissão administrativa há a fixação do prazo de trinta dias para sanar a omissão.

<sup>144</sup> Maria Berenice Dias sobre: “A omissão do legislador é total. Inclusive a homossexualidade ainda é penalizada. Apesar de na prática a homossexualidade, denominada de ‘sodomia’, ter sido retirada do Código Penal, no ano de 1830, o Código Penal Militar a contempla como crime.” Art. 235, COM “Praticar ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar. Pena de detenção, de seis meses a um ano”. DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 249-262.

no Site da Câmara dos Deputados<sup>145</sup> e do Senado Federal<sup>146</sup>, a respeito dos relacionamentos homoafetivos.

No corrente ano foi realizado pela Secretaria de Reforma do Judiciário – Ministério da Justiça, um estudo estatístico a respeito das proposições apresentadas às casas legislativas até 2013, que apresentou os seguintes dados: mediante busca no site do Congresso Nacional foram identificados 97 proposições com o objetivo de regulamentar direitos aos homossexuais, do total 20 oriundas da Câmara e 2 do Senado, visavam especificamente tratar sobre a união de homossexuais, conforme o gráfico abaixo<sup>147</sup>:

**Gráfico 10 Brasil – Congresso Nacional Distribuição temática entre as Casas Legislativas.**



Fonte: OLIVEIRA, 2011 – Pesquisa Sites do Congresso Nacional –Câmara e Senado - Base: 97 proposições.

Mediante busca no site da Câmara dos Deputados verifica-se que o projeto pioneiro referente à união entre pessoas do mesmo sexo – conhecida hoje como homoafetiva – data de 1995, registrado sob o número PL 1.151/1995 intitulado: união civil de pessoas do mesmo sexo, de iniciativa da então deputada Marta Suplicy. O último andamento registrado no referido site data de 2007, quando o Deputado Celso Russomano solicita a inclusão do projeto na ordem do dia<sup>148</sup> – este projeto não chegou a ser apreciado pela Câmara.<sup>149</sup> Salienta-se que,

<sup>145</sup> Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/>> Acesso em: 27 dez. 2013.

<sup>146</sup> Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/>> Acesso em: 27 dez. 2013.

<sup>147</sup> Oliveira, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT\* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal.** – Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013, p. 60.

<sup>148</sup> Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

apesar de num primeiro momento parecer ser ousado, sofreu algumas críticas por não postular de imediato o reconhecimento para o casamento – mas, apenas parceria – o que, por consequência confere a proteção constitucional conferida às famílias, tampouco, o direito de adoção. Logo deixou transparecer a intenção de garantir o mero interesse patrimonial destes relacionamentos, sem levar em consideração a afetividade atrelada ao tema.

De acordo com Maria Berenice Dias, a inércia do Poder Legislativo é injustificável tendo em vista os inúmeros princípios constitucionais vedando a discriminação e elegendo a dignidade da pessoa humana.<sup>150</sup> Ainda, de acordo com a autora:

Inúmeros projetos de leis já foram apresentados. A tramitação é exasperadamente lenta. São arquivados, desarquivados, apensado, em um constate ir e vir. E se o projeto não for votado e o relator não é releito, no final da legislatura a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivado e apresentado por outro relator.<sup>151</sup>

Dos 22 projetos de lei que visavam regulamentar especificamente a União Homoafetiva, além do pioneiro que foi acima abordado, há outro que merece atenção. Trata-se do Projeto de Lei 2285/2007, popularmente chamado de Estatuto das Famílias, proposto pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Sua proposta era adequar inúmeros institutos que referiam-se às entidades familiares, mas não estavam reguladas adequadamente. Veja-se o que trazia seu capítulo IV:

Art.68.É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

---

<sup>149</sup> Mesmo sendo o projeto pioneiro a enfrentar o tema, ainda pairam sobre ele críticas: “Embora muitas sejam as imperfeições apontadas pelos estudiosos no Projeto de Lei 1.151/1995, muitas apontando potencial atecnia, outras enaltecendo pormenores que haviam de ter sido tratados, todas, invariavelmente tecem críticas contundentes à supressão da possibilidade de adoção pelos casais que vivem em parcerias entre pessoas do mesmo sexo, retirando desses conviventes a possibilidade de coroamento do seu núcleo familiar em virtude de uma suposta distorção dos padrões idealizados pela sociedade como paradigma familiar ortodoxo, que é o referendado pela moral cristã, que refuta qualquer nuance ou variação que não se conforme aos seus desígnio tacanhos.” TALAVERA, Glauber Moreno. **União Civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

<sup>150</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 249-262.

<sup>151</sup> Idem.



- I – guarda e convivência com os filhos;
- II – a adoção de filhos;
- III – direito previdenciário;
- IV – direito à herança.<sup>152</sup>

Como a maioria das alterações sugeridas pelo estatuto acabaram sendo incorporadas pelo direito por meio de leis esparsas<sup>153</sup>, por esta razão atualmente tramita apensada a outros dois projetos de lei: PL 4508/2008 e PL 5266/2009.<sup>154</sup>

Além dos projetos já propostos e que ainda não se tornaram lei. Há um movimento de colheita de assinaturas<sup>155</sup> lançado em âmbito nacional em 12 de maio de 2012, conhecido como Estatuto da Diversidade Sexual, gerado através da Comissão da Diversidade Sexual – Órgão da OAB Federal – que, com o objetivo de alterar 7 dispositivos constitucionais. Dentre os inúmeros direitos da minoria homossexual, visa o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Este projeto está em fase de colheita de assinaturas, pois pretende ser apresentado na forma de Lei de Iniciativa Popular. De acordo com Maria Berenice Dias:

Certamente está é uma forma de driblar a postura omissiva dos legisladores que, por medo de comprometer sua reeleição ou de serem rotulados de homossexuais, até hoje se negaram a aprovar de (sic) qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou

---

<sup>152</sup>

Disponível

em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL+2285/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL+2285/2007)>. Acesso em 27 dez. 2013.

<sup>153</sup> tais como: a) a Lei 11.698, de 2008, que instituiu a convivência compartilhada; b) a Lei 11.804, de 2008, que introduziu o direito aos alimentos gravídicos atribuídos à gestante; c) a Lei 11.924, de 2009, que, mudando a lei de registros públicos, autoriza o enteado a acrescentar o sobrenome do padrasto ou madrastra, ampliando o reconhecimento da família recomposta; d) a Lei 12.004, de 2009, que disciplina o efeito da recusa ao exame de DNA, na investigação da paternidade; e) a Lei 12.010, de 2009, que alterou inteiramente a sistemática da adoção, além de introduzir o direito ao conhecimento da origem genética sem efeitos de parentesco e o consentimento da gestante para entrega da criança para adoção; f) a Lei 12.013, de 2009, que, mudando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ampliou para o genitor separado e não guardião o direito de receber informações sobre a vida escolar de seu filho; g) a Lei 12.036, de 2009, que modifica a Lei de Introdução para melhor recepcionar o divórcio realizado no estrangeiro; h) a Lei 12.133, de 2009, que suprimiu a intervenção do juiz para a habilitação ao casamento; i) Lei 12.318, de 2010, que disciplinou a denominada alienação parental. IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, dia 22 de novembro de 2013, assinam pela diretoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Eliene Bastos, Giselda Hironaka, Giselle Câmara Groeninga, Luis Edson Fachin, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Zeno Veloso. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/estatuto-familias-corrige-enganos-exclusoes-injusticas-desrespeitos>>. Acesso em 27 dez. 2013.

<sup>154</sup> Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/estatuto-familias-corrige-enganos-exclusoes-injusticas-desrespeitos>>. Acesso em 27 dez. 2013.

<sup>155</sup>

Disponível

em:

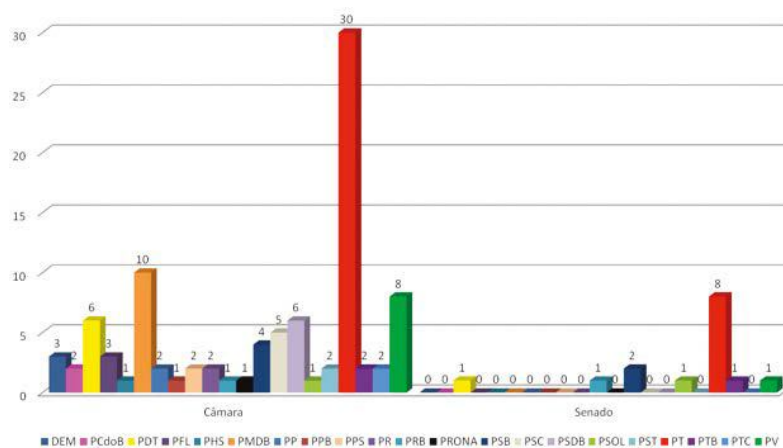
<

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935> > Acesso em: 27 dez de 2013.

garantir direitos às uniões homoafetivas. Ao menos não poderão alegar que o projeto desatende o desejo do povo.<sup>156</sup>

Logo, não é novidade que, até o presente momento, não há nenhuma lei específica que confira reconhecimento jurídico ao relacionamento afetivo mantido entre pessoas do mesmo sexo. Para que se possa traçar um perfil do posicionamento do Poder Legislativo no que tange aos relacionamentos homoafetivos não basta identificar a ausência de lei sobre o assunto é necessário, ainda, verificar em números como ficam as deliberações. De acordo com levantamento estatístico realizado recentemente os votos ficam distribuídos da seguinte maneira:

**Gráfico 12 – Brasil, Congresso Nacional – Distribuição de assinaturas por Partido Político<sup>157</sup>**



Fonte: OLIVEIRA, 2011 – Pesquisa Sites do Congresso Nacional – Câmara e Senado – Base: 97 proposições, 109 assinaturas.

Da análise do gráfico apresentado acima algumas conclusões podem ser extraídas no sentido de auxiliar a traçar o perfil de comportamento do poder legislativo sobre as uniões homoafetivas. Em primeiro lugar, dos 21 partidos, 14 é o número de partidos que não assinou nenhuma das proposições. Apenas três partidos se destacam nas anuências com os projetos,

<sup>156</sup> DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da diversidade sexual: uma lei por iniciativa popular.** In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. Coord. **Manual do Direito Homoafetivo.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 515-530.

<sup>157</sup> Oliveira, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT\* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal.** – Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013, p. 63.

são eles: o PT (Partido dos Trabalhadores) com 30 assinaturas na Câmara e 8 no Senado, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) com 10 assinaturas na Câmara e o PV (Partido Verde) com 8 assinaturas na Câmara e 1 no Senado.<sup>158</sup>

Na via oposta, ou seja no intuito de barrar direitos dos homossexuais, o que demonstra mesmo que de forma reflexa o posicionamento do Poder Legislativo, foi apresentada em 2011, perante a Câmara dos Deputados Proposta de Decreto Legislativo, de iniciativa de João Campos (PSDB- GO), popularmente conhecida como “Cura Gay”, cuja finalidade era extinção de dois trechos de uma resolução de 1999 do Conselho Federal de Psicologia. O primeiro diz que “os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades”. O segundo dispositivo que o projeto pretendia eliminar diz que “os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica”. De acordo com o andamento apresentado do site da Câmara dos Deputados, o próprio autor da proposta requereu seu arquivamento em 02 de julho de 2013.<sup>159</sup> Salienta-se que este não é o único projeto que tramitou no Poder Legislativo com vistas a reduzir os parques direitos já existentes.

Com base nos recentes dados estatísticos até o presente momento apresentados, algumas conclusões podem ser extraídas: em primeiro lugar, desde 1995 alguns projetos de leis que visavam conferir direitos aos homossexuais tramitaram nas casas legislativas, especificamente no que se refere à união homoafetiva 22, mas nenhum deles tornou-se lei; em segundo lugar, de um total de 97 proposições relacionadas a homossexuais, mais da metade dos partidos nunca assinou nenhuma proposição e apenas três mostraram-se favoráveis à aprovação das proposições; e, em terceiro lugar, ainda prevalece o pensamento de que a homossexualidade é doença – que pode ser rerefletido no projeto de Decreto Legislativo de João Campos que, apesar de não ter sido aprovado, transparece o viés discriminatório existente não só na sociedade como também no legislativo.

Então, a conclusão de que não há lei específica que reconheça juridicamente os relacionamentos homoafetivos, se não há lei, num primeiro momento verifica-se grande

---

<sup>158</sup> Oliveira, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT\* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal.** – Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013, p. 62.

<sup>159</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415>> Acesso em: 27 dez. 2013.

dificuldade em garantir direitos, o que se verá mais a seguir que tal ausência de lei deságua no Judiciário sobrecarregando-o como demandas nas quais se requer o reconhecimento de direitos não previstos expressamente em lei.

*Prima facie*, pode-se ter o pensamento tacanho de que, se o Poder Legislativo que é a Casa Nacional de leis - na qual se expressa a democracia nacional - através da qual os detentores dos mandatos eletivos representam a população – toda deliberação que dali sai ou deixa de sair é a expressão da vontade geral. Logo, se esta casa não elabora leis a fim de proteger os direitos dos homossexuais, por consequência, não haveria nada de errado nisso, porquanto, então apenas expressando a vontade nacional no sentido de não reconhecer estes relacionamentos e de igual forma não conferir a estes indivíduos qualquer direito relacionado.

Quer se admita que esta ausência de lei não significa omissão propriamente dita, mas mera opção política em não aprovar leis que reconheçam os relacionamentos homoafetivos juridicamente – simples expressão da democracia da maioria. A ausência de regulamentação, neste sentido, significa a exclusão de inúmeros indivíduos não só do reconhecimento, mas do gozo dos direitos atrelados à constituição de uma família e, ainda, constitui afronta à democracia.

E mais esta ausência injustificada em regulamentar – criar leis em favor de uma minoria não representada no Congresso expressa uma tirania – a tirania da maioria. De acordo com Mill, apenas a vontade da maior parcela da população acaba sendo considerada como a vontade da maioria, o povo tem tendência a suprimir a uma parte de seu número, e segundo ele, esta supressão é tão importante quanto a preocupação com o abuso de poder.<sup>160</sup> Neste ponto apresenta-se a preocupação com a tirania da maioria do ceio do princípio democrático.

Sim, porque a democracia não pode ser entendida apenas como a mera somatória de votos, no exercício de simples cálculo aritmético, levando em consideração apenas o desejo da maioria, desconsiderando totalmente a minoria, subjugando os últimos à tirania da maioria. A verdadeira democracia – em seu sentido deliberativo<sup>161</sup> - exige que as deliberações levem em consideração, dentre alguns fatores, os direitos fundamentais garantidos pela Constituição – diploma máximo do ordenamento jurídico pátrio – a todos, inclusive, em favor das minorias.

Viviane Girardi salienta que:

---

<sup>160</sup> MILL, John. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, data. p. 20.

<sup>161</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 13-153.

Como se sabe, o papel do legislador numa sociedade democrática e pluralista é, substancialmente, o de proteção das minorias através da tutela de interesses dos mais fracos, desde que considerados aqueles interesses como direitos fundamentais, direitos estes que são postos para a proteção da pessoa humana em sua vida de relação, em sua liberdade igualdade, participação política e social, bem como de qualquer outro aspecto que se refira ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.<sup>162</sup>

Costurando um raciocínio lógico do que foi exposto até o presente momento, o papel do legislador é legislar – democraticamente – o que significa que deve, além da soma de votos, levar em consideração os Direitos Fundamentais; se não legisla a fim de proteger determinados direitos fundamentais, neste ponto, identifica-se uma lacuna – ou uma omissão – do que vimos até o presente momento intencional. Neste ponto, é intuitivo concluir que, mesmo que a decisão por não legislar a favor dos direitos homossexuais de uma maneira geral seja expressão da vontade geral da nação, esbarra no desrespeito à inúmeros direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Paulo Roberto Iotti, sobre o papel do legislador:

Há o entendimento de que caberia ao Direito regulamentar apenas as situações comuns, corriqueiras e cotidianas da sociedade, sendo que tudo aquilo que for excepcional deve ser tratado sob regime de exceção. Partindo dessa premissa, há o entendimento doutrinário de que o “comum” no tocante à sexualidade humana, seria a relação heteroafetiva, tendo assim o legislador que se preocupar unicamente em regulamentar a vida dos heterossexuais, deixando de lado os homossexuais, minoria que são em relação àqueles. Contudo, é equivocado esse entendimento. Cabe ao legislador regulamentar todas as situações existentes na sociedade, tanto as concernentes à maioria da população quanto, e especialmente, as referentes aos direitos das minorias. Tal se justifica porque aquele que faz parte de uma minoria costuma ser discriminado justamente por ser diferente, por não se enquadrar ao “padrão” imposto pela sociedade.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais. 1.e.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 66 e 67.

<sup>163</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2.e.** Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

Em sentido conclusivo, Viviane Girardi:

O ser humano parecer ter uma grade dificuldade em aceitar aquilo que não entende; aquilo que, por ser diferente, não está acostumado a lidar. Destarte, pessoas pertencentes a grupos minoritários nas sociedades são comumente discriminadas pelas maiorias. Assim cabe ao legislador garantir a essas minorias mecanismos legais específicos para que, tendo seus direitos desrespeitados, possam ingressar no judiciário contra o ofensor.<sup>164</sup>

Em razão do apego exagerado à lei, a minoria acaba sendo impedida de exercer direitos não previstos em lei. É certo que os mais instruídos possuem mais condições financeiras e acabam recorrendo ao judiciário – e este não pode se imiscuir em julgar, pois a ele é vedado o *non liquet*<sup>165</sup> – ou seja, deixar de decidir em razão da ausência de lei.

Ante ao que se expos até o momento, identifica-se que a lei não é onipotente, pois não consegue prever todos os casos da vida real. Que o Poder Legislativo efetivamente tem se furtado em regulamentar fato da vida que ocorre cotidianamente na sociedade. Mas, que a ausência de lei específica que regulamente os relacionamentos que ocorrem entre pessoas do mesmo sexo não pode ensejar o impedimento na fruição dos direitos decorrentes deste relacionamento.

No entanto, não se olvida que a falta de regulamentação pelo Estado dos relacionamentos homoafetivos demonstra apenas mais um viés discriminatório, e mais uma forma de exclusão de tais indivíduos de nossa sociedade.

Como o ordenamento estrangeiro tem se comportando com relação ao casamento homoafetivo:

Inicialmente espocaram as iniciativas de admissão de uniões civis, como na Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suécia (1994), Israel (1994), Islândia, Hungria e Groenlândia (1996), Holanda (1998), França e África do Sul (1999), Alemanha, Portugal e Finlândia (2001), Inglaterra (2002), Croácia (2003), Luxemburgo (2004), Nova Zelândia e Reino Unido (2005), Andorra, República Tcheca e Eslovênia (2006), Suíça (2007),

<sup>164</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais. 1.e.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 69-81.

<sup>165</sup> De acordo com VENOSA: “O ideal seria o ordenamento jurídico preencher todos os acontecimentos da sociedade. Não é, como vimos, o que ocorre, assim, deve o juiz decidir os casos lacunosos por analogia, que é um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal. O juiz pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos que a letra do texto não havia compreendido”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral. 4.e.** São Paulo, 2004, pp. 48-49.

Estados Unidos (desde 1997 em dez Estados), Argentina (desde 2003 em Buenos Aires e Rio Negro), Tasmânia (2004), Itália (2004, em dez regiões), México (2006, tanto na capital como no Estado de Coahila), no Brasil o projeto de parceria civil dormita em sono profundo.<sup>166</sup>

Como se pode ver, o Brasil demonstra-se um tanto atrasado, pois dos relatos do direito comparado depreende-se que, a partir da década de 1990, muitos países aderiram ao movimento para o reconhecimento do casamento igualitário.

Esta recusa em regulamentar tal fato social demonstra o que Luiz Edson FACHIN denomina do fenômeno do direito como exclusão:

Vive-se momento ímpar para pensar sobre a família, a sociedade, a exclusão social, direitos subjetivos fundamentais e o sistema jurídico. Sabe-se que a atribuição de uma posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o próprio sistema define. Desse modo, percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo um sistema de exclusão. Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações às quais a porta de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emerge da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se num juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado. Dispositivos jurídicos civis e penais alicerçam esse conjunto de regras de redução e discriminação, revelando que os códigos são moldados para atender, numa suposta e inexistente neutralidade técnica ou científica, as fronteiras da vida privada.<sup>167</sup>

Ainda neste sentido, conforme preceitua Renata Barbosa de ALMEIDA e Walsir Edson RODRIGUES JÚNIOR:

Toda essa sistemática codicista, ainda que ainda que guardasse coerência teórica, não estampava a conjuntura social havida. Na verdade, pode-se mesmo dizer que o ocorrido era exatamente o oposto: em vez de a realidade social se refletir na jurídica, foi a realidade jurídica que se impôs à social<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> MENDONÇA DO AMARAL, Sylvia Maria. **Histórias de Amor num país sem leis**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 25.

<sup>167</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. ver. at. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 324-325.

<sup>168</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182-189.

Logo, se concluiu que a negativa em regulamentar os relacionamentos homoafetivos demonstra a intenção de excluí-los. No entanto, apesar do viés discriminatório, o Direito não tem o poder de fazer desaparecer um fato social: “*não é negando direitos à união homossexual que vamos fazer desaparecer o homossexualismo*”.<sup>169</sup>

Esta ausência de regulamentação gera inúmeras dúvidas e abre várias possibilidades. Sendo, que no campo doutrinário há ainda forte debate quanto à possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas perante o Direito.

Ciente de que não há legislação que regulamente o tema, as discussões doutrinárias centram-se na possibilidade de realizar analogia entre os relacionamentos homoafetivos, e o casamento, a união estável e, conseqüentemente como forma de entidade familiar. Por este motivo, o tópico seguinte se encarregará de apresentar os motivos contrários e favoráveis dos juristas que se debruçaram sobre o tema.

---

<sup>169</sup> GUIMARÃES, Marilene Silveira, **Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais**. In ALVIM, Tereza Arruda (coord.). **Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995



## 2.2 POSICIONAMENTO DA DOCTRINA PÁTRIA

A doutrina apresenta papel relevante na formação de opinião tanto no mundo acadêmico, quanto jurisprudencial e legislativo. Por este motivo, será exposto aqui, o tema central da discussão acerca do reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos.

Tal reconhecimento esbarra num ponto específico: reconhecer os relacionamentos homoafetivos seja como casamento, união estável, concubinato ou parceria implica em equipará-lo a entidade familiar, e neste ponto a doutrina diverge. Assim, o presente tópico tem a finalidade de expor sucintamente os motivos de controvérsia e tecer uma possível conclusão para a celeuma.

De acordo com Marianna Chaves, ante a ausência de lei e lançando-se mão da analogia, o instrumento mais semelhante e possível de conferir juridicidade aos relacionamentos homoafetivos é a união estável.<sup>170</sup> No entanto, os argumentos que são tecidos tanto a favor como contra ao reconhecimento jurídico da homoafetividade são homogêneos, e acabam sempre tratando do instituto da família. Por este motivo, não haverá, neste trabalho, diferenciação de argumentos, sendo tratados conjuntamente tanto quando se falar de união estável ou casamento, aos menos, neste tópico específico,

A primeira ressalva que deve ser feita é com relação à constitucionalização do Direito Civil<sup>171</sup>, invertendo a forma de interpretação dos textos legais, caracterizado pela leitura dos textos contidos no Código Civil à luz da Constituição Federal. Ou seja, a partir da Constitucionalização todos os textos devem ser interpretados e aplicados de acordo com os ditames constitucionais e todo seu arcabouço principiológico.

Importante trazer citar os comentários de Silvia Ozelame Rigo MOSCHETTA, a respeito:

---

<sup>170</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade**. 2.e. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22.

<sup>171</sup> Sobre a Constitucionalização do Direito Civil ver: MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. \_\_\_\_\_. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82. No decorrer do século XX as CF inseriram proteções aos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, de acordo com a autora é insuficiente a mera transposição dos princípios básicos do texto do CC para a lei Maior, é preciso entender o significado da constitucionalização do direito civil. A Alemanha foi o primeiro país a seguir o caminho da constitucionalização, mas tanto na Alemanha como no Brasil os direitos fundamentais, até a CF de 88m, serviam apenas para que o indivíduo pudesse se defender de uma eventual e excessiva ingerência do estado.

A Constituição Federal de 1988 orquestrou a melodia da sociedade brasileira com notas musicais referíveis a valores inerentes à pessoa, transmutando o ritmo que embalava o Código Civil vetusto. Inscritos na ordem constitucional, os princípios fundamentais conduziram uma reformulação da legislação infraconstitucional, o que atingiu também o Código Civil de 1916, que estava alicerçado, como citado, na visão patrimonial do contrato, da propriedade e da família. A necessidade de legislações que dessem conta da nova tábua axiológica trazida pela Constituição Federal de 1988 suscitou o que alguns doutrinadores denominaram de microsistemas ou legislação de emergência, como referido alhures, que traduzira o teor da carta constituinte.<sup>172</sup>

E, ainda, a autora encerra afirmando que a principal caracterização da constitucionalização do direito civil é a despatrimonialização do direito civil, colocando a pessoa humana e sua dignidade no centro do ordenamento. O que faz, como consequência que, a pessoa humana seja o principal objetivo da Constituição Federal. Assim, retira o patrimônio do centro jurídico das atenções e coloca a pessoa, o indivíduo.

Assim, feitos breves esclarecimentos acerca do movimento de constitucionalização do Direito Civil, a fim de se ter em mente como ele deve ser interpretado, verifica-se que a Constituição Federal está no centro do ordenamento jurídico e, suas normas e princípios devem ser respeitados.

O ponto central de discordância da doutrina quanto ao reconhecimento jurídico dos relacionamentos homoafetivos é a possibilidade de considerar tais relacionamentos, que se entendam como casamento ou como união estável como entidade familiar. Tendo em vista que, como dito acima, o Código Civil que regula o Direito de Família deve ser lido com base no texto constitucional, a doutrina se centrou em identificar se, diante da Constituição, seria possível equiparar os relacionamentos homoafetivos a união estável ou ao casamento e, por consequência, à entidade familiar.

Com relação à Constituição Federal, alguns autores apontam a previsão do artigo 226 da Constituição Federal, abaixo transcrito, como um empecilho a este reconhecimento, ele regulamenta a família na sociedade brasileira, bem como o casamento:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

---

<sup>172</sup> MOSCHETTA, Silvia Ozelaime. **Homoparentalidade: Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 36-37.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. 173

Deste dispositivo, no que tange com o parágrafo 3º que dispõe a respeito da configuração do casamento, os posicionamentos divergem. Para Paulo Nader: *“Embora os movimentos de contracultura pleiteiem o casamento homoafetivo, em nosso país a pretensão encontraria impedimento, à vista do disposto no artigo 226 da Constituição Federal..”*<sup>174</sup> Para o autor, da leitura literal do texto constitucional, depreende-se que é impossível equiparar a união homoafetiva à união estável, tendo em vista que o texto é expresso quando afirma que a união estável será constituída pela união entre homem e mulher. E, ainda, em vista da impossibilidade da união homoafetiva gerar filhos, finalidade precípua do casamento.

Alguns autores nacionais comungam de posicionamento semelhantes. Maria Helena Diniz, por exemplo: *“a diversidade de sexo dos nubentes é pressuposto para a existência do casamento. Na ocorrência de um casamento entre pessoas do mesmo sexo ter-se-á, para além de um matrimônio inexistente, em sua palavras, uma farsa, um nada”*<sup>175</sup>

Também para Sílvio Venosa, a diversidade de sexos constitui característica fundamental do casamento.<sup>176</sup> Noutra oportunidade, afirma que *“ainda que o texto legal não*

<sup>173</sup> Constituição Federal.

<sup>174</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil; Direito de Família**. V.5, 4ª e. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 38.

<sup>175</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Famílias**. 21. e, 5. v. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

<sup>176</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

*a proclame, a diversidade de sexos é essencial para o casamento em todas as civilizações.*" Acrescenta ainda o autor que: *“a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo possui apenas aparência de matrimônio, e que a natureza desse defeito deve ser vista como situação de inexistência do negócio jurídico, uma vez que considera absurdo admitir tal hipótese como ato jurídico válido e eficaz.”*<sup>177</sup>

Em sentido similar Orlando Gomes, para quem *"o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível. A existência da diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar da hipótese de casamento entre dois homens ou entre duas mulheres, fato que pertence aos domínios da insânia"*<sup>178</sup>.

Já, Carlos Roberto Gonçalves, afirma que: *“ a diversidade de sexos é requisito natural e reputa inexistente o casamento homossexual”*.<sup>179</sup> Caio Mário da Silva Pereira, vai além, e é enfático ao asseverar que: *“apenas uma reforma na Constituição brasileira poderá apartar a heterossexualidade como a base do casamento”*.<sup>180</sup> No mesmo sentido, assevera Álvaro Vilaça de Azevedo que *"nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união registrar-se no Cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realize entre homem e mulher, de acordo com as suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência"*.<sup>181</sup>

A grande maioria dos autores que discorda da possibilidade do reconhecimento jurídico dos relacionamentos homoafetivos se apega ao fato de que na Constituição Federal o texto expresso aborda a união entre homem e mulher; há ainda o argumento de que destes relacionamentos não se pode esperar o nascimento de filhos, e porquanto, em contrariedade com a finalidade do matrimônio. Alguns autores vão além e têm o relacionamento como inexistente e, até mesmo uma farsa, o que é lamentável.

Para Marianna Chaves, se o argumento da doutrina divergente acerca da impossibilidade de reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos ante à inexistência do

<sup>177</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. vol.VI. São Paulo Saraiva. 2008, p. 98-100.

<sup>178</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85.

<sup>179</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Família**, vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 544

<sup>180</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 16.e.vol. V. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

<sup>181</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. e. São Paulo: Atlas, 2002, p. 465.

requisito da diversidade dos sexos fosse possível, estaríamos diante de um caso de normas constitucionais inconstitucionais. A autora explica que esta situação ocasionaria a incompatibilidade do disposto no artigo 226, e os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Mas, como a Constituição não pode ser interpretada em tiras, e com base no princípio da unidade da Constituição essa inconstitucionalidade da norma não ocorre. E, conclui, que o artigo 226 não institui a diversidade de sexos como requisito.<sup>182</sup>

Paulo LÔBO a respeito:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do artigo 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse uma norma de exclusão explícita de tutela das uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>183</sup>

Neto LÔBO, mediante a interpretação do texto constitucional, não apenas do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, isoladamente, mas também dos demais dispositivos relacionados à entidade familiar, entende que não há impedimento para entender que a Constituição Federal vede a união entre pessoas do mesmo sexo.

Maria Berenice Dias, por sua vez, afirma que: “*entre os impedimentos matrimoniais não se encontra a igualdade de sexo do casal*”, e conclui que o que o óbice para a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo reside apenas no preconceito.<sup>184</sup> Acompanha a fundamentação anterior, Maria Clayde Pace, fundamentando que: “*nenhum dos incisos do art. 1.521 do CC prevê a igualdade de sexo com elemento obstaculizador do acesso ao casamento pelos casais homossexuais.*”<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade**. 2.e. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22.

<sup>183</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>184</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 7.e. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

<sup>185</sup> PACE, Maria Clayde Alves. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional. In: Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 191 – 210.

Paulo Roberto Iotti preceitua que:

A doutrina e a jurisprudência em nenhum momento provam a necessidade e a pertinência da discriminação das uniões homoafetivas em relação às heteroafetivas. O máximo que fazem é alegar que a ausência de capacidade procriativa potencial nas uniões entre pessoas do mesmo sexo impossibilitaria a sua colocação como entidades familiares. Todavia. Não constando do rol taxativo do Art. 1521 do Código Civil que pessoas estéreis não podem se casar, e considerando especialmente que nenhum óbice se levanta quando casais heteroafetivos inférteis pretendem o reconhecimento de sua condição jurídico-familiar.

[...]

Fica evidente que o elemento discriminador erigido não é a capacidade procriativa, mas a homogeneidade/diversidade de sexos do casal.<sup>186</sup>

José Afonso da Silva, no que se refere à discriminação:

Através da universalização das normas jurídicas se objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, em razão da aplicação da mesma lei a todos. Fica, portanto, muito evidente a importância da igualdade na não discriminação de direitos fundamentais a grupos menos favorecidos que são alvos de preconceito como os homossexuais.<sup>187</sup>

O que não se pode duvidar, de acordo com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, é que a forma de interpretar a Constituição Federal, até mesmo pelo caráter superior e aberto da carta magna, é diferente dos demais textos legislativos. A Constituição Federal é contida de inúmeros princípios que, em razão de sua abertura, demandam técnicas interpretativas específicas.<sup>188</sup>

Especificamente com relação ao artigo 226, em questão, para sua correta interpretação, a mera leitura textual mediante a interpretação semântica não é capaz de dar conta de extrair seu conteúdo. Devem: se lançar mão da interpretação levando em conta os

---

<sup>186</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.e. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 412.

<sup>187</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 110.

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípios da Interpretação Constitucional**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 203-218.

princípios: da unidade da constituição, da concordância prática ou harmonização, da máxima efetividade, da força normativa da constituição e da interpretação conforme a constituição.<sup>189</sup>

Assim, apesar da discussão doutrinária que envolve a interpretação do artigo 226 da Constituição Federal, necessita-se socorrer de princípios constitucionais para fundamentar este direito:

Necessita socorrer-se de princípios constitucionais que impõem o respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e igualdade. O ordenamento jurídico estrutura-se em torno de valores, muitos dos quais estão postos em sede de princípios constitucionais, que também devem informar a interpretação da legislação específica numa leitura incorporada pelos reclamos da atualidade histórica.<sup>190</sup>

Logo, deve-se abrir mão do entendimento meramente literal do texto Constitucional para promover sua melhor aplicação, realizando sua interpretação de acordo com os princípios de interpretação constitucional, devendo-se sempre levar em consideração o que os princípios em conjunto dizem, não apenas fatias isoladas da Constituição.

Especificamente no que tange com o instituto da Família não se deve olvidar que, após inúmeras transformações em seu conteúdo, atualmente, se presa pela afetividade e pelo interesse dos integrantes do grupo Familiar. Disso não discrepa Ana Carolina Brochado Teixeira, asseverando, corretamente, que a família existe “*em função de seus componentes e não estes em função daquela, com valorização e compromisso aos vínculos afetivos*”<sup>191</sup>. Enfim, é a valorização definitiva e inafastável da pessoa humana.

Assim, este tópico deixou claro que, ante a ausência de lei específica que regulamente a matéria, deve-se levar em consideração – em vista do movimento de constitucionalização do direito – o que a Constituição Federal preceitua a respeito.

A doutrina que diverge sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico dos relacionamentos homoafetivos, peca ao se apegar estritamente ao texto literal do artigo 226, sem levar em consideração o que o texto constitucional e seus princípios traduzem em conjunto.

---

<sup>189</sup> \_\_\_\_\_ **Princípios da Interpretação Constitucional**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 203-218.

<sup>190</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 186.

<sup>191</sup> Cf. “Direito de visita dos avós”, cit., p.60.

Ademais, ao se tratar do conceito de família, muitas alterações ocorreram no decorrer dos tempos, sendo que atualmente este conceito encontra-se muito mais amplo do que no começo do século por exemplo. Sendo que os argumentos utilizados contrariamente ao casamento homoafetivo são os mesmos utilizados por fundamentalistas religiosos do século passado para oposição contra o casamento entre pessoas brancas e negras, por exemplo.<sup>192</sup>

Após toda exposição dos motivos, verifica-se que, de acordo com Roberto Lorea Arriada: “*O casamento civil é um direito humano, não um privilégio heterossexual*”.<sup>193</sup> E, tal reconhecimento encontra respaldo ante a interpretação do texto constitucional e seu arcabouço principiológico. Até porque, o disposto na Constituição é o estado protege a união estável entre homem e mulher, e não: somente entre homem e mulher, donde se conclui que, mesmo da leitura literal não se pode justificar tratamento diferenciado para com os relacionamentos homoafetivos.

---

<sup>192</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.e. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 412.

<sup>193</sup> Idem.



### 2.3 SOLUÇÕES DADAS PELA VIA ADMINISTRATIVA E LEI MARIA DA PENHA

Como se pode perceber não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer legislação que reconheça os relacionamentos homoafetivos como fato jurídico. Sendo assim, outros Poderes e outros ramos do direito foram sobrecarregados com a tarefa de dar respostas imediatas aos casos concretos que, aos poucos se acumularam.

Este tópico apresentará as respostas alternativas que se originaram dos demais Poderes, mesmo que indiretamente, mostraram-se pioneiros em conferir direitos aos casais homoafetivos, mesmo que não realizasse o principal que era conferir-lhes o *status* jurídico de família.

Portarias e as Resoluções são as normas vigentes que mais aparecem na busca acerca da regulamentação sobre o tema aqui tratado atualmente. Isso demonstra a ainda precária atuação do poder legislativo na resposta às demandas por direitos sexuais e civis voltados aos homossexuais, mantendo na seara do executivo, a maioria das iniciativas de formulação de políticas em relação à saúde pública e educação, por exemplo.<sup>194</sup>

O primeiro feixe de luz a despontar para avanços no reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, iniciou-se com a Ação Civil Pública<sup>195</sup> intentada pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com vistas a possibilitar ao companheiro do segurado como dependente principal deste, garantindo, assim, o recebimento de auxílio-reclusão e pensão por morte, e que culminou na edição da Instrução Normativa INSS/DC 25, de 7 de junho de 2000.<sup>196</sup>

Maria Berenice DIAS aponta, ainda, A Instrução Normativa do INSS nº 25/2000, como um avanço no reconhecimento dos direitos oriundos da união entre pessoas do mesmo sexo, concedendo tanto o auxílio por morte, quanto o auxílio reclusão.<sup>197</sup> Esta instrução

<sup>194</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 249-262

<sup>195</sup> ACP 2000.71.00.009347-0. 1ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, de 11.04.2000.

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACP 1984. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 10.02.2013. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MARCO+AUR%29%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%29%29%2ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%29%29%2ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%29%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20030201%29%28%40JULG+%3C%3D+20030210%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlklqq>>.  
 Acesso em: 06 jan. 2013.

<sup>197</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

normativa previa em seu artigo 2º : “A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, rege-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.<sup>198</sup>

Sergio Alexandre Camargo, a respeito:

Sendo a pensão por morte um benefício previdenciário que busca suprimir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, devemos interpretar os respectivos preceitos, partido da regra constitucional prevista no art. 201.

Pretender que o constituinte excluísse relacionamentos homoafetivos do campo de abrangência do dispositivo citado, para não atingir o direito previdenciário, é de hipocrisia e limitada percepção jurídica. Ao inverso, preencheu esta lacuna interpretativa a partir da integração de outras fontes do direito, como já mencionado, a partir da dignidade da pessoa humana e da solidariedade alcançando a Sociedade Homoafetiva.<sup>199</sup>

Desde, 2008, o Conselho Nacional de Imigração tem assegurado a concessão de visto de permanência ao companheiro estrangeiro em caso de união homoafetiva binacional, nos moldes da Resolução Normativa 77/2008.<sup>200</sup>

De acordo com a Circular 257/2004 da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda<sup>201</sup>, o companheiro homossexual tem o direito de receber a indenização na condição de dependente preferencial do seguro DPVAT – Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, sem precisar recorrer ao judicial para o reconhecimento de tal direito.

E, ainda, a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar – reconhece como dependente o companheiro do beneficiário titular de plano privado de assistência a saúde, seja pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.<sup>202</sup>

Dentre estas, várias outras normativas podem ser citadas. Dentre elas está o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nº 1.503/2010, que passou a reconhecer a possibilidade de inclusão do parceiro homossexual do declarante como dependente no

<sup>198</sup> Disponível: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm> <Acesso em 16 de out.2012>

<sup>199</sup> CAMARGO, Sérgio Alexandre. **Conquistas Administrativas no Direito Homoafetivo**. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 467-493.

<sup>200</sup> Disponível em: <[http://www.abglt.org.br/port/resnorm77\\_290108.html](http://www.abglt.org.br/port/resnorm77_290108.html)>. Acesso em: 06 jan. 2013.

<sup>201</sup> Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=15376>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

<sup>202</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 249-262.

Imposto de Renda.<sup>203</sup> E, ainda, através do Parecer 33.131/2010, o Conselho Federal de Medicina ampliou para os casais homossexuais a possibilidade de realização de reprodução assistida.<sup>204</sup>

Até o presente momento o que se demonstrou foi que, não há lei específica que reconheça juridicamente o relacionamento homoafetivo, quer seja como casamento, união estável ou parceria civil. Mas, a ausência de lei não impede que as demandas cheguem aos outros poderes, que na ausência de regulamentação buscam resolver as questões imediatas. Note-se que algumas das normativas que foram apresentadas acima, apesar de terem sido editadas pelo Poder Executivo tiverem, na realidade, um impulso no Poder Judiciário.

O próximo diploma a ser analisado é oriundo do Poder Legislativo, no entanto, não trata, assim como as normas observadas anteriormente, especificamente da homoafetividade, mas o faz de forma tangencialmente, ou seja, acaba abordando o tema e representando avanço no tema.

Maria Berenice Dias, vê no advento da Lei da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha – que trata especialmente da violência contra a mulher – avanço no que tange com o reconhecimento de direitos dos casais homoafetivos:

O conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha (11.340/2006) insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas, quer as relações de um homem com uma mulher, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens – todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexos de seus parceiros.<sup>205</sup>

Neste trecho a autora se refere ao disposto no artigo 2º da Lei 11.3240, que dispõe o seguinte: *“Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”*<sup>206</sup>. A expressão “orientação sexual” é reiterada no artigo 5º da mesma lei,

Assim, apesar do objetivo precípua da Lei Maria da Penha ser a proteção de mulher, com a inserção da vedação à discriminação por conta da orientação sexual, acabou por ampliar o conceito de família.

---

<sup>203</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 249-262.

<sup>204</sup> Idem.

<sup>205</sup> \_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 190.

<sup>206</sup> Lei 11.340/2006.

Maria Berenice DIAS a respeito do avanço promovido pela Lei Maria da Penha:

A partir da nova definição de entidade familiar, trazida pela Lei Maria da Penha não cabe mais questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa não é possível empresta-lhes efeitos jurídicos. Há uma nova regulamentação legislativa da família.<sup>207</sup>

O impacto prático da disposição do artigo 2º da Lei Maria da Penha, de acordo com Maria Berenice DIAS, é que este coloca um ponto final na discussão travada na doutrina e nos tribunais. Esta nova lei tem eficácia imediata e a partir de então, passa a reconhecer que as uniões homossexuais merecem a especial proteção do estado, tal qual os demais tipos de famílias protegidos pelo artigo 226 da Constituição Federal.<sup>208</sup>

Para Paulo Roberto Iotti:

A partir do momento em que se concebe a formação de uma família como direito fundamental inerente à pessoa humana, o art. 2º da Lei Maria da Penha reconheceu expressamente que as pessoas homossexuais têm o direito de formarem famílias conjugais homoafetivas e, conseqüentemente, de teres elas reconhecidas e protegidas pelo Direito das Famílias. Ademais, quando o parágrafo único do art. 5º. da referida lei enunciou que as relações pessoais dispostas no mesmo independem de orientação sexual, ele reconheceu expressamente à condição de entidades familiares, embora não tenha regulado seus efeitos na esfera cível.<sup>209</sup>

Assim, de acordo com Luiz Edson Fachin:

numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a ideia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> .. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 191.

<sup>208</sup> Idem..

<sup>209</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.e. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 219.

<sup>210</sup> *Apud* FACHIN, Rosana Amara Girardi, cf. **Em busca da família do novo milênio**, cit., p.147.

Tal diploma normativo não reconhece explicitamente qualquer direito aos casais homoafetivos, mas representa para alguns autores: “um marco inovador”<sup>211</sup> uma luz no fim do túnel no sentido de derrubar uma das barreiras que a doutrina contrária ao reconhecimento do casamento homoafetivo coloca: o fato de que os relacionamentos homoafetivos não poderiam ser reconhecidos pelo Direito, pois não podem se enquadrar no conceito de Família Constitucionalmente previsto.

Assim, o reconhecimento de direitos na via administrativa tem significado avanço na superação do formalismo. Conforme preceitua Ana Carla Harmatiuk:

Sem a possibilidade de adentrarem no âmbito do legalmente instituído, as pessoas continuam a viver suas vidas a seu modo à margem do Direito. Não se pode enxergar a realidade social sob o prisma do desdobramento minucioso da lei previamente aprovada. **Os fatos são mais ricos que o Direito.**<sup>212</sup> [sem grifo no original]

Os singelos avanços na via administrativa, mesmo que com auxílio do Poder Judiciário e um parco avanço legislativo – tomando por base o disposto na Lei Maria da Penha – demonstram que o ordenamento jurídico pátrio está caminhando para o reconhecimento, em sede administrativa e judicial<sup>213</sup>, dos direitos dos homoafetivos, fato que por si só não é suficiente, mas inspira esperança de dias melhores para a efetivação dos Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, dentre eles a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

---

<sup>211</sup> SILVA, Ricardo José de Medeiros e. **Lei Maria da Penha e união homoafetiva**. In: Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, a, 1, n.2, p. 286-296.

<sup>212</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 69.

<sup>213</sup> CAMARGO, Sérgio Alexandre. **Conquistas Administrativas no Direito Homoafetivo**. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 467-493.

## 2.4 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DA JURISPRUDÊNCIA ANTE A FALTA DE LEGISLAÇÃO

Ciente de que a lei não consegue prever todas as situações da vida cotidiana, mas em muito auxilia no exercício de direitos, e no que tange especificamente como os relacionamentos homoafetivos, de acordo com Ana Carla Harmatiuk:

Se as preocupações se centrarem exclusivamente na defesa da aprovação e uma determinada legislação, estar-se-á cercado pelas muralhas tradicionais do pensamento positivista. Os novos moldes do direito de família devem estar voltados a valores e princípios personalistas, para além do dogma expresso da lei.<sup>214</sup>

Como se viu a regulamentação que tem sido conferida à união entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico pátrio tem-se demonstrado insuficiente para dar normatividade a este fato social.

A judicialização da política, dessa forma, protagoniza o papel do Supremo Tribunal Federal para decisões importantes para a sociedade, que tradicionalmente seriam tomadas pelos poderes eleitos pelo povo. Não obstante, o que se verifica é que muitas vezes são os próprios poderes políticos (eleitos) que preferem transferir o debate para a arena do Judiciário, especialmente, em casos sobre os quais não se têm maioria na arena política, ou porque não querem enfrentar temas antipáticos do ponto de vista eleitoral.<sup>215</sup>

Conforme preceitua Estefânia Barboza, acima citada, a ausência de normatividade do instituto da união homoafetiva não decorreu, pura e simplesmente, da inércia legislativa, mas configura-se uma inércia qualificada e proposital. Trata-se de inércia qualificada que seja pelo receito de perda de votos, quer seja pelo receito de ser tachado como homossexual.

---

<sup>214</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.134.

<sup>215</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade, e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos Sistemas *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea**. Curitiba. 264 f. Tese de Doutorado em Direito pela PUC/PR, p. 123.

Não foram raros os casos em que ao desembocar no judiciário pedidos atrelados ao reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, as partes tiveram – totalmente em contrariedade ao arcabouço principiológico – seus pedidos negados:

Como exemplo de não-concessão de efeitos jurídicos para a união homoafetiva, assim se pronunciou o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: ‘União entre pessoas do mesmo sexo. Coabitação. Situação que não gera nenhum direito entre as partes, independentemente do período de convivência.’<sup>216</sup>

Esta decisão data de 1997 e concluiu que o parceiro homossexual não teria o reconhecimento do relacionamento mantido, durante 7 anos, que encerrou-se com a morte do companheiro vitimado pela AIDS – no entanto tal decisão foi reformada em sede recursal do Superior Tribunal de Justiça.<sup>217</sup>

Todavia, conforme preceitua Maria Berenice DIAS, a grande mudança jurisprudencial começou a acontecer mediante o posicionamento do Estado do Rio Grande do Sul que, diga-se de passagem, é conhecido entre nós como um tribunal progressista:

A mudança começou pela justiça gaúcha, ao definir, em 1990, a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência. Também é do Rio Grande do Sul a decisão que, em 2011, pela primeira vez, reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo sido deferido o direito de herança ao parceiro. Decisões no mesmo sentido começaram a surgir em todo o país.<sup>218</sup>

Assim, lançando mão de técnicas como a analogia, com base em princípios, aos poucos, a jurisprudência foi garantindo direitos aos casais homoafetivos. De acordo com Iotti: *“o reconhecimento desses relacionamentos como sociedade de fato foi a primeira forma de*

---

<sup>216</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70.

<sup>217</sup> Idem.

<sup>218</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182-189.

*proteção legal conferida aos casais homossexuais no Brasil, caracterizando o início da jurisprudência brasileira sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo.*<sup>219</sup>

Salienta-se que, o aumento das demandas perante o judiciário fizeram com que mais direitos fossem reconhecidos, tais como: direito real de habitação, direitos sucessórios e direitos previdenciários.<sup>220</sup>

Mas, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 1997, que reconheceu a união entre dois rapazes como uma sociedade de fato teve papel decisivo no processo de pacificação da jurisprudência, pois reconheceu ao companheiro supérstite o direito de meação nos bens do companheiro falecido, além de determinar a condenação aos pais do falecido em danos morais.<sup>221</sup>

No entanto, houve quem não viu com bons olhos tal analogia. Para Marianna Chaves:

vislumbra-se unicamente uma ligação mercantil, como se a finalidade dessa união não fosse um relacionamento afetivo com todos os caracteres de família, uma verdadeira sociedade de afeto. [...] Denominar as uniões homoafetivas como sociedades de fato, levava à sua implantação no Direito das Obrigações, com conseqüente, 'alijamento do manto protetivo do Direito das Famílias, o que, via de conseqüência, enseja o afastamento também do direito sucessório'<sup>222</sup>.

Apesar das críticas, foi quando iniciou-se uma nova etapa, pois os relacionamentos homoafetivos deixaram o patamar de total exclusão para galgarem o lugar de certo reconhecimento jurídico. Não tratou-se reconhecimento satisfatório, mas significou a esperança de novos rumos, um pontapé inicial.

Outra forma de garantir direitos aos casais homoafetivos desenvolvida analogicamente, foi o reconhecimento do direito de compensação financeira por serviços domésticos prestados para justificar a reserva da metade do patrimônio do companheiro

---

<sup>219</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.e. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 83.

<sup>220</sup> Idem.

<sup>221</sup> Brasil. Minas Gerais. TJMG. 2ª Câmara Cível. AC 226.040-8. Rel. Carreira Machado- RT 742/393, J.08.04.1997.

<sup>222</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade**. 2.e. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22.



falecido ao sobrevivente, este foi um posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>223</sup>. Há também decisão no mesmo sentido no Tribunal de Justiça do Paraná.<sup>224</sup>

No entanto, este raciocínio não é novidade no direito alienígena, pois foi solução encontrada nos Estados Unidos para resolver a questão provisoriamente, tratando tais relacionamentos como parcerias domésticas.<sup>225</sup>

O fato de os tribunais reconhecerem as uniões homoafetivas como sociedades de fato representa um pequeno avanço no sentido de reconhecer direitos patrimoniais aos conviventes, pois como visto no primeiro capítulo não foram raros os casos em que um dos conviventes falecia e o supérstite ficava na miséria, pois ou a família do falecido lhe retirava todos os bens, ou estes bens restavam como herança jacente.

Para Roberto Iotti, para além dos efeitos patrimoniais, o reconhecimento, pelo judiciário, das uniões homoafetivas como sociedade de fato, constituiu: “... enorme importância no processo de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil, mas esses direitos são obviamente insuficientes para a manutenção da vida de um casal”.<sup>226</sup>

Para Ana Carla Harmatiuk, sobre a equiparação como sociedade de fato “*A partir disso, a família homossexual deixa de ser vista tão-só como uma relação fática, no sentido de encontrar-se apenas no plano dos fatos e fora do âmbito do direito*”.<sup>227</sup> Seria como se, finalmente, não se tratasse apenas de um fato social, pois este singelo avanço jurisprudencial trouxe às uniões homoafetivas ares de juridicidade. Porém a grande luz no fim do túnel vislumbrou-se com a pioneira decisão, oriunda do Rio Grande do Sul, em 2000. Veja-se:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO MEAÇÃO. Não se admite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas uniões homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas nascem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a

<sup>223</sup> Brasil. Minas Gerais. TJMG. 2ª Câmara Cível. AC 360.826-8. Rel. Alberto Vilas - RT 742/393, J.27.08.2002.

<sup>224</sup> Brasil. Paraná. TJPR. 11ª Câmara Cível. AC 404.392-7. Rel. Maria Rau - RT 742/393, J.01.08.2007.

<sup>225</sup> Andrew Sullivan.

<sup>226</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.e. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 92.

<sup>227</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 71.

analogia e os princípios gerais de direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.<sup>228</sup> [sem grifos no original]

Referida decisão garantiu o direito do companheiro à meação, com base nas relações afetivas a serem inseridas no âmbito do direito de família, com base na legislação que regulamenta a união estável.

Assim, como o ocorreu administrativamente o Poder Judiciário se viu obrigado a analisar a questão, mesmo ausente regulamentação específica sobre o tema. Durante muito tempo prevaleceu a solução de que os relacionamentos homoafetivos seriam equiparados à parceria civil. O julgado acima citado foi pioneiro no sentido de levar em consideração o afeto.

Após treze anos desta decisão o posicionamento do Poder Judiciário tem mudado com relação aos relacionamentos homoafetivos, tanto que em 2012 em sede de controle concentrado de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal, com base em princípios constitucionais, equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis.

Logo, toda a discussão apresentada no presente capítulo servirá de base para abordagem acerca da adequação e legitimidade do Supremo Tribunal Federal para realizar a equiparação. Assim, o último tópico se encarregará de analisar especificamente referida decisão.

---

<sup>228</sup> TJRS, 7ª Câmara Cível, AC 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis.j. 01.03.2000. [sem grifo no original]

## 2.5 SÍNTESE CONCLUSIVA DO SEGUNDO CAPÍTULO

Depois de analisar tudo o que foi exposto algumas conclusões podem ser extraídas deste capítulo segundo. Em primeiro lugar que, é necessário abandonar a visão estritamente positivista em vista da incompletude da legislação e, ainda, com fundamento nos ditames Neoconstitucionalistas, do movimento de Descodificação e da constitucionalização do Direito Civil.

Ficou evidente que, dos poucos projetos de lei propostos perante às casas legislativas prevendo direitos aos homossexuais, ou mais especificamente buscando direitos relacionados aos relacionamentos homoafetivos, nenhum deles tornou-se lei. Além disso, da análise quantitativa verificou-se que muitos dos partidos existentes no congresso nunca votaram a favor de nenhum projeto – e, ainda, identifica-se que tais partidos são das bancadas: evangélica, católica e demais conservadores.

Tal conclusão pode fazer transparecer que, como trata-se de uma atitude oriunda de representantes democraticamente eleitos, que esta inação em legislar a favor do reconhecimento de direitos aos homoafetivos seria legítima, pois pretensamente expressaria o direito da nação em não reconhecer-lhes o gozo de quaisquer direitos. Todavia, se assim se pensar estar-se-ia aceitando a ditadura da maioria sobrepujando e discriminando uma minoria.

De acordo com o conceito de democracia material, não deve-se levar em consideração a mera somatória de votos, mas estes votos devem respeitar o direito das minorias, mesmo que estas minorias não tenham representação nas Casas Legislativas. Logo, as deliberações oriundas das casas legislativas devem respeitar os direitos fundamentais que não podem, em hipótese alguma, ser desrespeitados – mesmo com a anuência de todos os parlamentares.

Assim, se conclui que, ao deixar de processar um projeto de lei que confere direitos aos homossexuais, especificamente, aos casais homoafetivos é totalmente contrário aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, e esta inação demonstra-se ilegítima.

Ao deixar de legislar, o Estado vira as costas para determinados indivíduos e os coloca em apartado, à margem da sociedade. Porém, a inexistência de lei não evita que os fatos ocorram na sociedade, tampouco que sejam discutidos no mundo acadêmico.

Com base na ausência de lei, mas ante a existência dos relacionamentos homoafetivos. A doutrina travou discussões a respeito da possibilidade de reconhecer

juridicamente os relacionamentos homoafetivos, ou de equipará-los ao casamento, à união estável – e por consequência à entidade família.

Em linhas gerais, os argumentos dos autores que entendem impossível este reconhecimento, o fazem com base no fundamento de que o artigo 226 da Constituição Federal que trata da proteção à família, ao tratar de união estável explicita que esta deve se dar entre homem e mulher. Ou seja, esta parte da doutrina entende que a diversidade de sexos é elemento fundamental de acordo com o texto constitucional e que, isto se justifica no sentido de que a finalidade da família é procriar.

Em posição diametralmente oposta, a doutrina divergente, que entende totalmente possível reconhecer juridicamente os relacionamentos homoafetivos afirma que: em primeiro lugar, deve-se abandonar a leitura meramente literal do texto constitucional e buscar interpretá-lo em conjunto com os demais princípios; em segundo lugar, que o texto fala que há proteção especial da união estável entre homem e mulher, e não fala somente entre homem e mulher; por fim, que não há óbice para o reconhecimento dos relacionamentos entre casais que optaram por não ter filhos ou que, não podem poder serem estéreis.

Donde se concluiu que a fundamentação da doutrina contrária ao reconhecimento jurídico dos relacionamentos homoafetivos é frágil e, apesar do contexto de um Estado laico, ainda apresentam forte apego aos dogmas da igreja que impõe ao casal a obrigação arcaica de procriação. Sendo que, os argumentos, da posição oposta mostram-se mais robustos e mais adequados ao Estado Democrático de Direito num contexto de constitucionalização do Direito. Assim, mesmo na doutrina verifica-se a necessidade de imediato reconhecimento destes relacionamentos.

Mesmo não havendo leis, as situações fáticas continuaram a ocorrer e começaram a desaguar nos demais poderes. Administrativamente verificou-se que, aos poucos, mesmo com um certo impulso do Poder Judiciário alguns atos normativos foram editados no sentido de conferir direitos aos casais do mesmo sexo. É sabido que O INSS foi o pioneiro em editar normativa reconhecendo tais relacionamentos e conferindo-lhes direitos a relacionados. Depois dele inúmeros se seguiram, como a possibilidade de requerer na qualidade de companheiro, o seguro DPVAT. Além disso, a regulamentação do Imposto de Renda, e ainda, vários Estatutos de Servidores que permitem a inserção do companheiro do mesmo sexo como dependente. Ou seja, a ausência de não logrou êxito em barrar a fruição de direitos na esfera administrativa.

No âmbito legislativo, apontou-se como um grande avanço e pioneiro no sentido de evitar a discriminação e prever juridicamente proteção ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo foi o advento da, popularmente conhecida, Lei Maria da Penha. Apesar de tal diploma não tratar especificamente de homoafetivos, traz expressamente a vedação de tratamento diferenciado entre os relacionamentos independentemente da orientação sexual, o que traduz, na atual situação, um grande avanço.

Como era de se esperar, além de desaguar situações fáticas perante a esfera administrativa, o mesmo ocorreu no Poder Judiciário. Durante muito tempo os pedidos foram indeferidos, pois os juízes sequer sabiam definir qual seria a competência para julgar a matéria, pois se não se tratava de família, seria uma lide atrelada ao direito civil geral, não se tinha ideia.

No entanto, ante a reincidência da necessidade de análise da matéria construiu-se o entendimento que, apesar de não se tratar de entidade familiar, aos conviventes contraíram mutuamente direitos durante a constância do relacionamento e poderiam ser equiparados à parceria civil, garantindo aos conviventes o direito de meação, quer seja em casos de separação quer seja em casos de falecimento do companheiro.

Houve, ainda, uma construção de que ante ao convívio e a relação mantida entre os indivíduos surgiria, então, um dever de indenizar como analogia à parceria doméstica, instituto cunhado primitivamente nos Estados Unidos.

Não se pode olvidar que, a equiparação à parceria civil conferiu direitos patrimoniais aos indivíduos que, anteriormente, corriam o risco de serem totalmente alijados dos bens, adquiridos conjuntamente, em caso de falecimento do companheiro, ante a ausência de lei.

Por outro lado, certo é que, entender a união homoafetiva como parceria civil significa desconsiderar totalmente o movimento de despatrimonialização do direito civil e a valorização do afeto nas relações de família. No entanto, a história evoluiu aos poucos a passos curtos, sendo que, esta equiparação representou um pontapé inicial para o reconhecimento jurídico destes relacionamentos.

A evolução jurisprudencial não parou por aí, como se sabe em 2011 o Supremo Tribunal Federal, com fundamento em princípios constitucionais, em sede de controle concentrado, equiparou a União Homoafetiva à União Estável - decisão da qual se ocupará o próximo capítulo.

### **3. A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECIDIR ACERCA DOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS NO BRASIL**

A tese central do presente estudo é apresentar os fundamentos de legitimidade e racionalidade do Supremo Tribunal Federal para decidir acerca da homoafetividade, verificando adequação constitucional da decisão que equiparou tais relacionamentos ao instituto da União Estável.

A fim de construir o raciocínio acerca dos relacionamentos homoafetivos no Brasil, em primeiro lugar faz-se necessário analisar a decisão, quais seus fundamentos e implicações práticas. Assim, pretende-se examinar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito dos relacionamentos homoafetivos.

O primeiro tópico se iniciará trazendo como ocorreu a evolução a respeito do assunto desta corte. Serão abordados, ainda, os fundamentos do julgamento que representou um divisor de águas no que se refere ao tema, bem como, o que representou tal decisão.

O segundo tópico se encarregará de apresentar, brevemente, quais os princípios fundamentaram a decisão do Supremo Tribunal Federal e, ainda, com base na Doutrina dos Direitos Fundamentais e seu viés contramajoritário e do Romance em Cadeia de Dworkin, os fundamentos de racionalidade da referida decisão.

O terceiro tópico se encarregará de apresentar uma das mais importantes, senão a mais contumaz, críticas em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. As críticas que são tecidas em face desta decisão a conceituam como sendo expressão da judicialização da política e de ativismo judicial, aplicando tais termos com cunho pejorativo. Este tópico, ainda, se encarregará de conceituar os dois termos e explicar os motivos pelos quais a decisão do Supremo Tribunal Federal foi legítima e ocorreu dentro dos limites delimitados constitucionalmente para o Controle de Constitucionalidade.

Como o trabalho se desenvolveu de maneira em que cada tópico apresentou uma breve síntese, o último tópico deste capítulo não será diferente. Apenas com o detalhe de que a síntese conclusiva abarcará alguns dados apresentados nos capítulos um e dois de maneira a encerrar a conclusão do trabalho de maneira geral, não apenas no terceiro capítulo.

### 3.1 O STF E A HOMOAFETIVIDADE – EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL - ADIN 132/08 E ADPF/3.277/09

Em primeiro lugar, faz-se necessário explicar a metodologia, neste primeiro momento, para poder ter em mente como o Supremo Tribunal Federal decidia a respeito da homoafetividade, e sabendo que o termo homoafetividade é relativamente recente, com vistas a realizar uma busca mais primorosa, foi realizada uma pesquisa mediante busca textual no site do Supremo Tribunal Federal, por meio dos verbetes: “união entre pessoas do mesmo sexo”; “casamento entre pessoas do mesmo sexo”; “união estável entre pessoas do mesmo sexo”, e “homoafetividade”.

Como resultado desta pesquisa verifica-se que, antes da decisão paradigmática proferida no julgamento conjunto das ações constitucionais Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/08<sup>229</sup> e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/09<sup>230</sup> – em 05 de maio de 2011, apenas uma decisão monocrática foi encontrada.

Apesar da decisão proferida no julgamento conjunto, acima citado, ter causado grande alvoroço, em 03 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, já havia enfrentado a questão, mesmo que monocraticamente, mediante a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300<sup>231</sup>, proposta pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, que o Supremo Tribunal Federal enfrentaria o tema.

Referida ação constitucional tinha como finalidade a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, "*a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*".

---

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132, Relator Ministro: Ayres Britto, Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=628633&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20%20132>> Acesso em 20 fev.2014.

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, Relator Ministro: Ayres Britto, Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635/geral/verPdfPaginado.asp?id=628633&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20%20132>> Acesso em 20 fev.2014.

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3300, Relator Ministro: Celso de Mello, Julgado em 03/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3300&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 20 fev.2014.

Ao analisar o processo o Ministro Relator Celso de Mello entendeu que a lide esbarrou em questão de ordem formal, porquanto, pugnavam pela Declaração de Inconstitucionalidade de norma que já havia sido revogada com o advento do Código Civil de 2002. Veja-se:

(...) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (rtj 139/53 - rtj 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (rtj 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" - considerado o que dispõe o art. 1723 do código civil - , da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos.publique-se.<sup>232</sup>

Este julgado mostra-se importante para a análise, pois mesmo entendendo que o processo apresentava vício formal, que por si só impediria a análise do pedido, o relator prosseguiu na análise da questão por entender ser, segundo ele, questão de relevantíssima pertinência. Veja-se:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3300, Relator Ministro: Celso de Mello, Julgado em 03/03/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3300&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 20 fev.2014.

<sup>233</sup> Idem.



Assim, o Ministro segue na análise da matéria fundamentando que a necessidade de reconhecimento jurídico dos casais homoafetivos encontra respaldo em princípios constitucionais e que, por mais que a lei silencie e feche os olhos para esta realidade, os juízes não podem fazer o mesmo. E, ainda, que assim como foi feito ao dar juridicidade aos relacionamentos extraconjugais, deveria o judiciário fazer o mesmo com os relacionamentos homoafetivos.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade.<sup>234</sup>

Como se pode perceber, apesar de não ter surtido maiores efeitos no resultado prático do processo, pois este deixou de ser analisado em razão de aspectos formais. O referido julgado demonstrou que no Supremo Tribunal Federal despontava uma luz no fim do túnel no sentido de reconhecer a juridicidade dos relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo.

Em 27 de fevereiro de 2008, foi ajuizada Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132<sup>235</sup>, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e os Tribunais de Justiça dos Estados, com a finalidade de questionar o artigo 019, 0II e 00V e o art. 033, 00I a 00X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975 – Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Idem.

<sup>235</sup> Para que se possa ter ideia do incômodo que esta ação causou, logo após a distribuição da petição inicial, ao analisar o andamento processual disponível do site do Supremo Tribunal Federal, identifica-se uma petição supostamente apresentada pelo Procurador do Rio de Janeiro requerendo a extinção do feito sem o julgamento do mérito, logo em seguida, consta petição do Procurador afirmando que tal petição seria falsa e requerendo, dada a gravidade da situação, a apuração e responsabilização dos envolvidos.

<sup>236</sup> Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975.

Art. 019 – Conceder-se-á licença:

0II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; (...)

00V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 033 – O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

00I - salário-família;

0II - auxílio-doença;

De acordo com a fundamentação do pedido na petição inicial, o requerente fundamenta que são passíveis de inconstitucionalidade tais dispositivos se interpretados de maneira discriminatória no que tange aos homossexuais. E, ainda, se insurge contra as decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais, principalmente do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo tratamento conferido as uniões estáveis.

E, ainda, requereu subsidiariamente que, em caso de não cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que o pedido fosse recebido como Ação Direta de Inconstitucionalidade, para dar aos dispositivos questionados interpretação conforme a Constituição, a fim de evitar qualquer interpretação que apresente cunho discriminatório no que tange com os casais homoafetivos.

O referido Estatuto data de 1975 editado, portanto, anteriormente à Constituição Federal de 1988 e, por este motivo, o autor optou pelo instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Porém, como a pretensão da lide não era o desfazimento do preceito legal, mas sim a obtenção de uma decisão que conferisse interpretação conforme a Constituição, esta lide foi convertida em Ação Direta e Inconstitucionalidade.<sup>237</sup>

Em 22 de julho de 2009, foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178/DF, com a finalidade de que fossem reconhecidas as uniões entre pessoas do mesmo sexo, como entidade família. O fundamento do pedido dava-se no sentido de que, excluir os casais homoafetivos do conceito de entidade familiar representaria ofensa aos seguintes preceitos fundamentais: ofensa à proibição de discriminação e aos princípios da igualdade, expressos nos artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição Federal. No entanto, tal qual ocorreu com a ADPF 132/08, a ADPF 178/09 foi recebida pela Ministra Ellen Gracie, como Ação Direta de Inconstitucionalidade com fundamento na jurisprudência daquela Corte.

---

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

0IV - financiamento imobiliário;

00V - auxílio-moradia;

0VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

0IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

00X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único – A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

<sup>237</sup> TALAVERA, Glauber Moreno. Et. Al. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

Assim, foi reatuada como Ação Direta de Inconstitucionalidade e registrada sob o número 4.277, figurando como requerente o Procurador Geral da República contra o Presidente da República, visando a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que dispõem o seguinte: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”, conforme a constituição, de modo que as uniões estáveis homoafetivas recebessem a mesma proteção jurídica das uniões estáveis entre homens e mulheres.

Como havia duas ações constitucionais discutindo basicamente a mesma controvérsia, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela encampação dos fundamentos da ADPF 132/08 pela ADI 4.277/09, que discutia artigo do Código Civil, portanto, com objeto mais amplo, e assim, este é o motivo pelo qual as duas ações foram julgadas em conjunto.<sup>238</sup>

Em síntese o pedido versa a respeito da técnica de interpretação conforme a constituição do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, isto porque existe diferença entre o texto normativo e norma jurídica. Pois, a norma jurídica não vem expressa no texto normativo, mas constitui fruto da atividade interpretativa. O texto não traz em si a norma jurídica: ela é construída a partir de enunciados linguísticos.<sup>239</sup> Segundo Zagrebelsky como os textos podem apresentar uma gama variada de interpretações possíveis, pode ser que um texto admita um sentido que o leve à inconstitucionalidade e outro que seja compatível com a Constituição.<sup>240</sup>

Assim, a utilização desta técnica de interpretação conforme a constituição possibilita ao intérprete que, ao se deparar com texto normativo que apresente várias hipóteses de interpretação, buscar aquela que melhor se adéque à constituição como um todo evitando, assim, a declaração de inconstitucionalidade do referido texto. E foi o que se pretendeu com o ajuizamento das ações acima citadas.

Ao analisar a decisão, o Supremo Tribunal Federal, no que tange com a análise da proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia

---

<sup>238</sup> “Os propositores das duas ações observaram que as uniões homoafetivas são um fato social desde o início da civilização humana. Nos tempos mais recentes a busca pela valorização dessas uniões tem sido responsável pelo reconhecimento jurídico desses relacionamentos como forma de união civil ou até mesmo como casamento civil”. MOREIRA, Adilson José. **A união homoafetiva: a construção da igualdade**. 2. ed. Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2010, p. 139.

<sup>239</sup> MÜLLER, Friedrich, **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad: Peter Naumman, São Paulo: Max Limonard, 2000, p., 53.

<sup>240</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manual de diritto costituzionale: i sistema delle fonti Del diritto**. UET, 1988, v 1, p. 69

homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. Entendeu que a Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV, visa: “*proteger o bem de todos*”, independentemente do sexo, e, ainda, nada consta da Carta Constitucional que determine o concreto uso do sexo dos indivíduos, logo não há proibição legal. E, ainda, que o reconhecimento à preferência sexual deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>241</sup>

No que tange com o conceito de família, a corte entendeu que, o tratamento constitucional da instituição da Família não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A Família como categoria sociocultural e princípio Espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não reducionista.<sup>242</sup>

Segundo Luiz Fux, entender que as uniões homoafetivas se equiparam à união estável representa conferir segurança jurídica a estes indivíduos, porquanto, os parceiros homoafetivos não teriam condições antecipar, por exemplo, como se daria a sucessão de seus bens adquiridos ao longo do período que conviveram conjuntamente.<sup>243</sup>

O principal argumento contrário ao reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis era o texto literal do artigo 226, §3º da Constituição Federal, o qual traz expressamente que a união estável entre homem e mulher. Ayres Britto sustentou que a referência a ambos os sexos tinha a finalidade de deixar clara a natureza familiar da relação informal, em regime de companheirismo. Assim, o artigo da constituição não teria o condão de discriminar os pares homoafetivos, mas apenas de afastar as discriminações contra as mulheres não casadas.<sup>244</sup> Ademais, não se poderia admitir, de acordo com todo o conjunto constitucional que a própria constituição promove tal discriminação negativa e infundada.

Neste julgamento os posicionamentos divergentes na Corte se deram no sentido de conferir juridicidade, porém de maneira diversa como a entendida pelo relator e vale à pena trazer a fundamentação da divergência.

De acordo com Gilmar Mendes o artigo do Código Civil questionado, 1.723 é cópia literal do que dispõem o artigo 226, §3º da Constituição Federal, ou seja, ambos são literais ao

---

<sup>241</sup> . BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, Relator Ministro: Ayres Britto, Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635/geral/verPdfPaginado.asp?id=628633&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20132>> Acesso em 20 fev.2014. p. 2-3.

<sup>242</sup> Prosseguiu o Ministro Ayres de Britto, fundamentou que a Constituição de 1988 rompeu com o modelo formal e patriarcal de família, tratando-se de conceito meramente cultural, não importando se foi formal ou informalmente constituída, ou se composta de casais heterossexuais ou de pessoas homoafetivas. Do contrário o texto constitucional assumiria um “discurso indistigavelmente preconceituoso ou homofóbico.

<sup>243</sup> Idem.

<sup>244</sup> Idem.

afirmar que a união estável ocorre entre homem e mulher, deste modo, não existiria qualquer vagueza no dispositivo do código civil, pois os termos são claros e não representam colisão, porquanto se repetem.

Assim, segundo o Ministro, a união estável entre pessoas do mesmo sexo poderia ser reconhecida com base em outros dispositivos constitucionais, tais como: livre direito ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que respalda a liberdade de orientação sexual e afetiva. As interpretações restritivas, impediam que os indivíduos que optavam por manter relações públicas e duradouras exercessem inúmeros direitos que os que viviam em união estável heterossexual já exercem. Segundo ele o caso trata de violação de direitos fundamentais de uma minoria alvo de preconceitos e discriminação.

Para o ministro estava em discussão:

A afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido do exercício de uma liberdade, fundamental de livre desenvolvimento da personalidade jurídica do indivíduo.<sup>245</sup>

De acordo com Gilmar Mendes, realmente, o artigo 226, §3º da Constituição não abarca, não protege, as uniões homoafetivas, porquanto traz expressamente os termos homem e mulher. Assim, não há modelo normativo que proteja tais uniões. No entanto, subsiste o dever do Estado de proteger tais indivíduos. Segundo ele, por mais que exista regulamentação tributária, providenciária e vários atos administrativos, a proteção não se mostra satisfatória. Assim, a melhor forma de proteção seria, realmente, a edição de lei que regulamente o tema.

Assim, Gilmar Mendes ao contrário de Ayres Britto, entendeu que o correto seria não equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis, mas aplicar às primeiras o que couber de acordo com as segundas. Já o ministro Ricardo Lewandowsky, no mesmo caminho de Gilmar Mendes, as uniões entre pessoas do mesmo sexo seriam uma nova espécie de família, mas não uniões estáveis e, ainda, “*não se está, aqui, a reconhecer uma união estável homoafetiva, mas uma união homoafetiva estável*”.<sup>246</sup> Assim, de acordo com a minoria, as uniões homoafetivas deveriam ser reconhecidas como uma nova modalidade de família, sendo a elas equiparados os efeitos das uniões estáveis.

Por fim, em 5 de maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado nas duas ações constitucionais, por unanimidade, com eficácia *erga omnes*

---

<sup>245</sup> Ibidem, p.98.

<sup>246</sup> Ibidem, p.100.

e efeitos vinculantes. Autorizando assim, que futuramente os ministros pudessem, monocraticamente, decidir em casos análogos.<sup>247</sup>

Referida decisão representou verdadeira quebra de paradigmas, pois a partir de então, com a equiparação da união homoafetiva à união estável, além de tornar possível o exercício de inúmeros direitos pelos indivíduos homoafetivos, tornou possível, por consequência, a conversão de tais relacionamentos em casamento, e, inclusive, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Decisão datada de 25 de outubro de 2011, tendo como Relator o Ministro Felipe Salomão, da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar de extensa, é indispensável sua citação integral, pois consolida todo o arcabouço teórico construído no decorrer deste trabalho, pois o conjuga nesta recente decisão:

Rio Grande do Sul - Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação princípio lógica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.** 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase (...) Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - **que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos**

---

<sup>247</sup> Mediante busca textual no site, 15 foi o número de processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal questionando a matéria, que tiveram decisões monocráticas.

**fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.** Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. **Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.** 11. Recurso especial provido.<sup>248</sup> [sem grifo no original]

Assim, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal e com base em princípios constitucionais o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Após as duas decisões houve certo descompasso entre os Tribunal de Justiça dos Estado, não obstante o caráter vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, muitos juízes continuaram indeferindo pedidos de equiparação à união estável, e alguns cartórios não sabiam como proceder quando recebiam pedidos de habilitação para o casamento de casais homoafetivos.

Ciente desses desencontros foi aprovada, em 14 de maio de 2013, durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução n. 175 que dispõe sobre a conversão de união estável homoafetiva e pedidos de habilitação para o casamento de pessoas homoafetivas. Dispôs o seguinte:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, Quarta Turma. Relator: Ministro Felipe Salomão, Julgado em 25/10/2011. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=casamento+mesmo+sexo&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=casamento+mesmo+sexo&b=ACOR). <Acesso em 16 de out.2012>.

<sup>249</sup> Resolução 175 – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)> . <Acesso em 22 de fev. 2014>

Assim, como se pode depreender a decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferida em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal foi o germe para a evolução a respeito do tema e para a ampliação dos direitos dos casais homoafetivos.

A declaração do Superior Tribunal Federal acerca da análise de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apesar de possuir efeito contra todos, não vincula o poder legislativo, ou seja, mesmo que seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o poder legislativo pode editar lei com o mesmo conteúdo.

Apesar de, por muito tempo, permanecer omissa, após a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade que concluiu pela possibilidade de equiparação da união homoafetiva à união estável. O poder legislativo se insurgiu em três propostas legislativas com o condão de suspender a eficácia desta decisão.

A primeira reação foi proposta pelo deputado João Campos, em 25 de maio de 2011, registrada sob o número PCD 325/2011, cuja ementa consta: “*Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.*”<sup>250</sup>

Há, ainda, a PCD 325/2011, proposta pelo deputado João Campos, em 6 de julho de 2011. Cuja ementa: “*Susta os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.*”<sup>251</sup>

E, por fim, a PCD 637/2012, proposta pelo Deputado Pastor Feliciano, em 16 de julho de 2012. Cuja Ementa: “*Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.*”<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> Câmara dos deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos). <Acesso em: 16 de outubro de 2012>

<sup>251</sup> Câmara dos deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos). <Acesso em: 16 de outubro de 2012>

<sup>252</sup> Câmara dos deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+A](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+A)



Assim, o Poder Legislativo que ficou inerte durante muitos anos recusando-se a reconhecer a juridicidade dos relacionamentos homoafetivos – fato social recorrente na sociedade. Após a manifestação do Poder Judiciário no sentido de, num primeiro momento equiparar tais relacionamentos à união estável e evoluir no sentido de permitir o casamento, o Poder Legislativo se insurgiu de maneira contrária a tal evolução jurisprudencial.

É certo que, apesar do caráter vinculante da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade concentrado, tal decisão não vincula o Poder Legislativo. E esta não vinculação abre espaço para o que se chama de Backlash<sup>253</sup>, situação na qual o Poder Legislativo em resposta à decisão do Poder Judiciário acaba legislando de maneira contrária.

Todavia, pelo que se pode perceber a via eleita pelos projetos não foi a mais adequada, pois os três previam em suas ementas a sustação dos efeitos da decisão. A inadequação da via eleita é evidente, pois não há previsão legal para que o Poder Legislativo suste atos do Poder Judiciário.

Este primeiro tópico se encarregou de trazer em linhas gerais qual o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos relacionamentos homoafetivos, trazendo o primeiro enfrentamento da corte sobre o tema até culminar na decisão proferida em sede de controle concentrado e seus fundamentos. Bem como, o que significou tal decisão, demonstrando que, apesar de ter reconhecido em primeiro lugar a equiparação à união estável. Tal decisão possibilitou que, estas uniões estáveis homoafetivas pudessem ser convertidas em casamento. E, que, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou o tema determinando que os cartórios deveriam, a partir de então, receber as habilitações para casamento dos casais homoafetivos. E, além disso apresentou a reação do Poder Legislativo em face de tal decisão.

---

ND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos .<Acesso em: 16 de outubro de 2012>

<sup>253</sup> Sobre a teoria do Backlash ver: KLARMAN, Michael J. From the Closet to the Altar Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage. Disponível em: <<http://global.oup.com/academic/product/from-the-closet-to-the-altar-9780199922109;jsessionid=347B28EF6DDDFEAE5CE773708696768?cc=us&lang=en&#.U15y8BYaYys.fac ebook>> Acesso em: 10 mai 2014.

### 3.2 A RACIONALIDADE E COERÊNCIA DA DECISÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FUNDAMENTADA NO VIÉS CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Promulgada em 5 de outubro de 1988, durante árduo processo de redemocratização pelo qual passou o Brasil após o regime militar, a Carta Constitucional recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”<sup>254</sup>, por um de seus idealizadores, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte. Salutar trazer um trecho do discurso do ilustre congressista, proferido na data da promulgação:

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos. Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direito e serviços, cobráveis inclusive com o Mandado de Injunção. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: ‘A Constituição Cidadã’.<sup>255</sup>

Assim, em uma concepção formal a Constituição Federal de 1988, contempla o verdadeiro significado da Lei Fundamental de Bonn<sup>256</sup>, pois coloca em posição de destaque os direitos fundamentais que estão dispostos em seus primeiros capítulos. Ademais se destaca sua relevância, no sentido de que foi a responsável por instituir um Estado Democrático de Direito.

Esta constituição democrática recheada de Direitos Fundamentais, inovou ao prever três mecanismos de afirmação de sua hierarquia e com vistas à sua concretização, são eles: o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Pois, desta maneira, de acordo a Constituição Federal logrou êxito em resolver, ao que chama de “o grande problema do Direito Constitucional”, que seria o de como juridicizar<sup>257</sup> o Estado Social.

---

<sup>254</sup> Tal alcunha deveu-se à restituição da ampla cidadania e dos direitos fundamentais, após duas décadas de restrições e cerceamentos no exercício destes e de supressão de liberdades públicas em geral, bem como ao regate da noção de Estado Social de Direito. BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Fundamentos Teóricos**. Vol I, São Paulo: Manole. 2005. p. 12.

<sup>255</sup> Idem.

<sup>256</sup> Semelhante à Constituição Federal Alemã.

<sup>257</sup> A judicialização decorre do modelo analítico de Constituição e do sistema abrangente de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam

De acordo com Daniel Sarmiento:

Com efeito, co, a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como “pecado” – cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inc. vi e art. 19, inc.I) - ou a que tratava como “doença”, hoje absolutamente superada no âmbito da medicina e da psicologia, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as consequências jurídicas disso decorrentes.<sup>258</sup>

Assim, de acordo com o autor, mediante a leitura de alguns princípios constitucionais como a laicidade estatal<sup>259</sup> e liberdade religiosa, apenas por aí já se conclui que o tratamento diferenciado dos relacionamentos homoafetivos não pode perdurar.

Especificamente no que tange com a análise da decisão ocorrida no tópico anterior, o pedido foi deferido com base em diversos princípios fundamentais previstos constitucionalmente. Além dos previstos na decisão, boa parte da doutrina defendia o reconhecimento jurídico da união homoafetiva com amparo em princípios constitucionais.<sup>260</sup> De <sup>261</sup>acordo com o princípio da unidade da Constituição a interpretação das normas constitucionais devem se dar levando em consideração a unidade constitucional.

---

trazidas sob a forma de ações judiciais. Assim, a judicialização não decorre da vontade do judiciário, mas do constituinte. BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª e. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

<sup>258</sup> Sarmiento, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Coord. **Direito privado e constituição: Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 388-425.

<sup>259</sup> Quanto ao direito à crença religiosa: Parcela da população tem se mostrado contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal por ignorância, pois está confundindo casamento civil e casamento religioso. Após tal decisão equiparando as uniões homoafetivas a uniões estáveis, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a habilitação para o casamento civil, que nada tem a ver com o casamento religioso. E, ainda, salienta-se que, tal decisão em nada afeta a democracia ou afronta o direito dos indivíduos que são contrários a estes relacionamentos em razão da religião. De acordo com Daniel Sarmiento, as religiões contrárias aos relacionamentos homoafetivos têm o direito de se negarem a abençoar estes laços, mas isto não significa que o Estado tenha que se basear em tal discurso religioso. Idem.

<sup>260</sup> Entender o direito com base em princípios começou a ser possível após o advento da Constituição Federal de 1988, que ensinou, ainda, o movimento de repersonalização do direito, colocando o indivíduo no centro das atenções, como corolário da Dignidade da Pessoa Humana. Veja-se Fachin sobre: “O movimento jurídico que gerou transformações na doutrina, na legislação e na jurisprudência, pode ancorar suas premissas nos princípios constitucionais. A complexidade contemporânea imprimiu ao Direito feições antes impensáveis, revelou rupturas e inexistências, e mostrou, especialmente, a fratura de um projeto de racionalidade que se queira completo e único.” FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 188-189.

<sup>261</sup> “Quando hoje, a pardoos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na

O maior princípio que fundamenta o pedido é a dignidade da pessoa humana, e dele decorrem os demais princípios, no entanto, em razão de sua vagueza sua aplicabilidade resta prejudicada e por vezes banalizada, pois torna-se difícil preencher um princípio de tamanha extensão.

Maria Celina Bodin de Moraes preenche o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastantes demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que, merecem por estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz.<sup>262</sup>

Ana Carla Harmatiuk Matos, como desdobramento da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico da Constituição Federal - discorre acerca do Direito à Pluralidade Familiar e à Intimidade, segundo a autora após o movimento de constitucionalização e a inserção de inúmeros direitos no Texto Constitucional e diante dos novos valores que foram paulatinamente se impondo, é dever do Estado proteger as relações familiares, porquanto: *“estão voltados à realização personalística de seus membros, assim, a pluralidade de entidades familiares se impõe.”*<sup>263</sup>

Outro desdobramento é o princípio da igualdade. Boaventura de Sousa Santos vai além da fórmula arcaica de que seria igualdade tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades que, na realidade, diz pouco ou nada diz e afirma que: *“Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas.”*<sup>264</sup>

---

ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana. ” Prefácio de Paulo Bonavides à obra de Ingo Wolfgang Sarlet. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.**

<sup>262</sup> MORAES, Maria Celina. **Revista Trimestral de Direito Civil**, p. 97.

<sup>263</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 154-161.

<sup>264</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. **As tensões da modernidade.** Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

Segundo Dworkin, o princípio da igualdade significa que o Estado deve tratar todas as pessoas com o mesmo respeito e consideração o que significa, ainda, conferir a todos os indivíduos igualdade de acesso às oportunidades.<sup>265</sup>77

Ainda, para Ana Carla Harmatiuk Matos:

Todavia, o Direito Civil contemporâneo, inclinado aos valores essenciais da pessoa humana, deve abarcar as diversidades presentes. O enfoque personalístico da afetividade não se reduz ao modelo heterossexual.<sup>266</sup>

Ou seja, especialmente no âmbito do direito de família<sup>267</sup> a afetividade<sup>268</sup> e as pluralidades devem ser consideradas e qualquer fator de discriminação<sup>269</sup> que tenha a tendência de inferiorizar o diferente não pode ser considerada razoável, deste modo, conferir tratamento desigual aos casais homoafetivos sem qualquer fundamento em detrimento dos casais heterossexuais, deve ser considerado inconstitucional.

Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos, mesmo que a Constituição não traga expressamente<sup>270</sup> que o princípio da igualdade abarca dentro de si a vedação à discriminação

---

<sup>265</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 160.

<sup>266</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 182.

<sup>267</sup> Fachin e a relação entre a família e o direito de família: “A apreensão jurídica das relações emoldurantes da família confere à investigação da origem histórica um segundo lugar. Talvez isso se compreenda: O Direito por assim dizer ‘recria’ a família à luz daquilo que essa cooptação jurídica pretende deixar nas sombras. Sem que se diga isso expressamente, quando há manifesta omissão ou desinteresse na investigação histórica e na origem de uma instituição, essa abstenção de perquirição fala por si:”

<sup>268</sup> Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convício e afeto. Esse é o ponto de partida para desatar alguns “nós” que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovas, 1997. p. 113-126.

<sup>269</sup> A discriminação representa a violação ao princípio da igualdade. “No sentido comum, como referido, discriminação designa um estado de fato no qual ocorrem tratamentos injustificadamente diferenciados” SILVA, Jorge Cesa Ferreria da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang, **Direitos Fundamentais e direito privado: Uma perspectiva de direito comparado**. São Paulo: Almedina, ano. P. 389-416.

<sup>270</sup> Quanto aos direitos fundamentais não expressos na Constituição Federal, Estefânia Maria de Queiroz: “A Constituição brasileira prevê, em seu artigo 5º, §2º, a possibilidade de direitos fundamentais fora do catálogo, ao estabelecer que ‘os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adorados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, o que significa aceitar normas materialmente constitucionais fora da Constituição, o que alguns autores chamam de bloco de constitucionalidade, mas que pode ser comparado aos princípios não escritos e à Constituição invisível dos países de *common law*”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade, e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos Sistemas *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea**. Curitiba. 264 f. Tese de Doutorado em Direito pela PUC/PR, p. 21.

por orientação sexual: “*Nossa Constituição Federal está inserida dentro de um contexto histórico. Se na época de sua redação houve a exclusão da não discriminação por orientação sexual, a atual realidade fática está a exigir esta realidade emancipatória.*”<sup>271</sup>

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a Constituição Federal de 1988 não permite qualquer possibilidade de discriminação em razão da orientação sexual sob qualquer pretexto, ainda mais, se esta sexualidade vier a ser considerada como identidade do indivíduo.<sup>272</sup>

Entendendo a liberdade como outro desdobramento da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: “*A liberdade, sob essa ótica, era uma faculdade natural, decorrente da capacidade singular de todos os seres humanos de julgar e decidir a respeito de seus interesses individuais, sem qualquer condicionamento religioso ou social.*”<sup>273</sup>, ainda, segundo Gediel a liberdade é o direito que impulsiona o homem na busca pela felicidade.<sup>274</sup>

Assim, os princípios acima citados, decorrentes da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, e seus correlatos, considerados Direitos Fundamentais e gozam de especial proteção, pois além de estarem previstos no texto constitucional estão localizados estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal, considerado Cláusula Pétrea, ou seja, não podem ser alterados por meio de Emenda Constitucional. Fato de demonstra, acima de tudo, sua importância.

Assim, a partir do momento em que se reconhece que alguns direitos não podem ser alterados nem mesmo por meio de Emenda Constitucional, espécie legislativa que oriunda do Congresso Nacional - casa legislativa que representa a vontade nacional – é o mesmo que afirmar que nem mesmo a vontade da maioria pode interferir nestes direitos definidos pelo poder constituinte originário. E, ainda, esta afirmação representa o viés contramajoritário dos Direitos Fundamentais, bem como, a tensão que existe entre eles e a democracia.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 173.

<sup>272</sup> MORAES, Maria Celina. **Revista Trimestral de Direito Civil**, p. 97.

<sup>273</sup> GEDIEL, José Antônio Peres, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. p.13.

<sup>274</sup> GEDIEL, José Antônio Peres, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. p.15.

<sup>275</sup> Importante salientar que, a existência desta tensão não é unânime, e para alguns autores, há entre os Direitos Fundamentais e a democracia uma relação de integração. Para José Afonso da Silva, que a concepção mais comum que sustenta a integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia encontra-se no conceito de Estado Democrático de Direito ou num conceito de democracia adjetivada que integre solidamente a presença e a garantia dos direitos fundamentais. A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito Democrático (art. 2º, da CRP/1976), com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre esta Constituição com a Constituição brasileira (art. 1º), a qual emprega a expressão mais adequada, em que o “democrático” qualifica o Estado, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119.

Jorge Reis Novais se propõe a fazer uma reflexão sobre as relações entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais<sup>276</sup>, recorrendo basicamente à ideia de Dworkin na qual ter um direito fundamental, em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas, este trunfo é oponível em face do Estado<sup>277</sup>, que pressupõe um Governo democraticamente eleito, o que, conseqüentemente, significa que este trunfo é oponível face a maioria.

Para Alexy, os direitos fundamentais são ambivalentes, pois são profundamente democráticos e, também, antidemocráticos. Mesmo em um país democrático, a pressão política sobre os direitos fundamentais ou a possibilidade de sua afetação pontual estão sempre presentes, pois há que se reconhecer que os procedimentos democráticos não garantem qualquer identidade natural entre lei e justiça, mesmo quando a lei se adéqua às exigências materiais da Constituição Federal, pois podem constituir intervenções restritivas ilícitas de direitos fundamentais. Pode acontecer que a minoria vencida no Parlamento venha a obter vitória sobre maioria por meio de decisão judicial.<sup>278</sup>

Dworkin desenvolveu a doutrina dos trunfos com base na distinção entre assuntos de política e assuntos de princípios. Assuntos de Política seriam utilidades de bem estar ou fins coletivos do domínio econômico, social ou político. Assuntos de princípios seriam: direitos fundamentais emergentes de justiça ou de moralidade.<sup>279</sup> Não devendo o poder judiciário julgar com base em assuntos de política.

Na teria contramajoritária, a dignidade é fundamento da metáfora dos trunfos, pois todos têm direito de conformar suas decisões independentemente da maior ou menor adesão social. Daí resulta na inadmissibilidade de que a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, imponha ao indivíduo planos de vida que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Seria uma atitude moral e politicamente vedada, pois significaria uma restrição ao livre desenvolvimento da personalidade inadmissível à luz do princípio da dignidade e constitucionalmente rejeitada.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

<sup>277</sup> *Ibidem.*, p. 131.

<sup>278</sup> *Ibidem.*, p.135.

<sup>279</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

<sup>280</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 148.

A decisão democrática de muitos da maioria não quebra o direito fundamental de um. Mas, essa metáfora de trunfos não se restringe à proteção privilegiada dos direitos políticos da minoria contra a maioria hegemônica política.

De acordo com Jorge Reis Novaes:

Se quisermos assegurar a força normativa da constituição enquanto norma jurídica, em Estado de Direito, devemos remeter a última palavra aos tribunais e, no caso, a jurisdição constitucional, por mais controversa e sempre em aberto que esteja a questão dos limites funcionais da justiça constitucional.<sup>281</sup>

E, ainda, para Jorge Reis Novais deixar as decisões para o poder legislativo seria um meio de reafirmar as posições dominantes. Assim, não poderia o Estado com base em assuntos de política impor aos indivíduos medidas políticas orientadas a fins de utilidade social que resultassem em sacrifício de direitos fundamentais emergentes de exigências de justiça ou moralidade. Se os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, não poderia ser esta maioria, mas antes um órgão próprio, independente e especializado, a verificar e reconhecer esta qualidade. Dar à maioria democrática a possibilidade de determinar, em última instância, a força concreta de resistência de um direito fundamental seria subverter as regras do Estado de Direito e pôr em causa a própria ideia de direitos fundamentais.<sup>282</sup>

Daniel Sarmento a respeito:

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação dos direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se trata de direitos pertencentes à minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é exatamente a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das minorias.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Idem.

<sup>282</sup> Ibidem., p. 157.

<sup>283</sup> Sarmento, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Coord. **Direito privado e constituição: Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 388-425.



Assim, cabe ao judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, assegurar a força de resistência dos Direitos Fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de proteção é suficientemente forte para justificar a cedência de um outro Direito Fundamental. A invocação de uma razão de interesse público, apenas esconde o desígnio de imposição da mundividência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos.<sup>284</sup>

O que se espera do Juiz, de uma maneira geral, de acordo com Marco Aurélio Marrafon:

Por certo, esse agir na práxis decisória pressupõe um juiz humilde que tenha consciência da existência de seu inconsciente, das peças que ele pode pregar sem ser percebido e também consciência da possibilidade que seus pré-conceitos nem sempre são autênticos.<sup>285</sup>

E, ainda, o papel dos juízes a analisarem casos nos quais devem ponderar princípios, devem levá-los à sério:

Paradoxalmente, os princípios jurídicos podem tornar a vida dos juízes mais ou menos difícil. O manejo inconsequente, sem rigor, é a porta aberta ao decisionismo, tal como o demonstra a sentença preconceituosa que consignou ser o futebol ‘coisa de homem’, não lugar para homossexuais, e não acatou denúncia de discriminação homofóbica. Essa utilização descuidada dos princípios apresenta-se duplamente fácil: na superficialidade da fundamentação e na liberdade do dispositivo. Juízes soltos demais que levam uma vida fácil demais.<sup>286</sup>

As decisões baseadas em princípios dificultam sobremaneira a vida dos juízes, pois na atividade hermenêutica e jurisdicional devem fundamentar com forte ônus argumentativo suas decisões. Tanto que Dworkin, compara tais juízes à figura épica de Hércules.<sup>287</sup> Ou seja, as exigências aos juízes que se deparam com conflitos entre princípios na atividade

---

<sup>284</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

<sup>285</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 231.

<sup>286</sup> ROTHENBUTG, Walter Claudius. **As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios**. In: p. 90-110.p. 105.

<sup>287</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

jurisdicional, a eles as exigências são ainda maiores, logo não se pode afirmar que são ilimitados, pelo contrário, mostram-se ainda mais limitados.

Logo, o Supremo Tribunal Federal deve decidir, em primeiro lugar, afastado de pré-conceitos, de maneira imparcial<sup>288</sup> - e esta tarefa de garantir a imparcialidade dos juízes estaria sob o encargo do Estado<sup>289</sup>. Sua decisão, ainda, deve estar fundamentada em critério jurídicos, com argumentação objetiva ou razoavelmente susceptível e ser compartilhada com todas as concepções. Na resolução de casos difíceis a ponderação é inevitável, sendo necessário estabelecer estratégias para reduzir os perigos do subjetivismo, decisionismo e intuiçãoismo que ameaçam essa metodologia.<sup>290</sup>

Ao decidir deve apresentar fundamentação racional coerente<sup>291</sup> com o sistema de normas constitucionais vigente, que seja suscetível de generalização e aplicação a todas as situações que repliquem as mesmas circunstâncias. Deve, ainda, justificar de forma clara e evidenciada os limites específicos aplicáveis.<sup>292</sup>

Assim, a complexidade da análise e interpretação da constituição impõe ao intérprete que construa sua decisão de maneira a justificá-la. Veja-se Paulo Ricardo Schier a respeito:

---

<sup>288</sup> Gisele Cittadino ao analisar a imparcialidade, indica ponto de convergência entre Habermas, Rawls e Walzer no seguinte sentido: “Neste sentido, Habermas, por uma lado, compartilha com Rawls o tema da imparcialidade, ao mesmo tempo em que, por outro lado, junto com Walzer, quer fazer da política democrática uma atividade permanente, na medida em que, **sem tolerância não há formação discursiva da vontade e, esta, por sua vez, não pode estar senão permanentemente aberta à admissão de novos valores, novos argumentos, novas convicções que naturalmente ocorrem da comunicação política**”. Neste ponto a autora traz um conceito de imparcialidade que se espera no campo da política, mas como visto no decorrer do trabalho não se encontra em tal ramo, mas que demonstra-se essencial no Poder Judiciário na atividade jurisdicional. CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.96.

<sup>289</sup> De acordo com John Ferejohn e Pasquino: “A pressão por legitimidade sobre as cortes constitucionais pode ser amenizada através da adoção de medidas que visem proteger, isolar os juízes da pressão, política e possibilitem que eles criem procedimento que garantam imparcialidade ou pelo menos a aparência de imparcialidade (tais como a realização de sessões fechadas de julgamento, a formulação de pareceres em nome da corte, etc.)”. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz, **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.42. Importante que se tenha em mente que, Barroso discorda da questão referente às sessões fechadas, pois segundo ele a transmissão televisiva das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, aqui no Brasil, tem contribuído para democratização das decisões.

<sup>290</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

<sup>291</sup> Outra forma de garantir a legitimidade das decisões da Suprema Corte, segundo John Ferejohn e Pasquino, seria a obrigatoriedade de fundamentação razoável: Todavia, além dessas medidas de segurança estruturais, os tribunais constitucionais devem formular suas decisões com base em justificativas razoáveis. (...) Como exemplo disso, pode-se citar o texto da lei orgânica da 5ª República Francesa que regulamenta os procedimentos da República e determina que as decisões do Conselho Constitucional sejam fundamentadas com razoabilidade” FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz, **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.43.

<sup>292</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

À falta de tradição democrática deve se contrapor um ônus argumentativo mais oneroso no âmbito das decisões judiciais e de qualquer tipo de processo de concretização constitucional. É a justificação do discurso que permitirá a construção de uma nova tradição em torno do conteúdo da Constituição e das instituições e princípios do Direito. A falta de adequada justificação é que pode fazer perpetuar tradições autoritárias que se legitimam com referência ao texto constitucional.<sup>293</sup>

Assim, não é suficiente apenas citar o princípio no qual a decisão está sendo fundamentada é necessário apresentar com o ônus argumentativo forte, ou seja de maneira bem fundamentada, qual a compreensão imprimida naquele princípio que se utilizou, sempre com base nos princípios interpretativos da constituição.

Mesmo com todas estas limitações impostas aos juízes na atividade hermenêutica constitucional ao se depararem com os chamados *hard cases*<sup>294</sup> envolvendo Princípios Fundamentais, ainda paira dúvidas a respeito da possibilidade de se alcançar decisões corretas. Com base em tal preocupação Dworkin desenvolveu, ainda, a noção do Romance em Cadeia, para tratar de métodos de interpretação.

Romance em cadeia é a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin acerca de seu conceito de interpretação, esta teoria propõe aos operadores do direito encontrarem uma resposta correta mesmo para os casos complexos. A teoria do aludido autor refuta a teoria da discricionariedade do juiz e defende a interpretação construtiva como forma de dar continuidade a um conceito interpretativo de direito, fazendo uma alusão do direito à literatura, um romance em série ou Romance em cadeia, e não uma elaboração de um novo direito.<sup>295</sup>

Para Dworkin, a evolução jurisprudencial deve ocorrer tal qual o desenrolar da trama de um romance literário, ou seja, deve prosseguir sempre no sentido de evoluir sem importar em retrocessos. Os julgadores devem levar em consideração os posicionamentos expressados em casos anteriores e prosseguir no mesmo raciocínio, sendo que, para mudar o rumo devem fundamentar o motivo da mudança.

---

<sup>293</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**, inédito, p. 18.

<sup>294</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165-168.

<sup>295</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

Em suma, em vista do caráter contramajoritário dos Direitos Fundamentais, cuja finalidade é justamente a de protegê-los das limitações injustificadas do Estado, não seria racional colocar nas mãos do Poder Legislativo a tarefa de decidir em situações relacionadas a tais direitos, pois este poder sequer é capaz de elaborar leis livres da imparcialidade elemento indispensável para a elaboração de leis que possibilitam lugar à diversidade.<sup>296</sup> Aliás é deste Poder que emanam legislações que criam molduras às quais muitas pessoas não se adequam e acabam fundando como mecanismo de exclusão, conforme preceitua Fachin:

Esta exclusão se opera em relação a pessoas ou situações às quais as portas de entrada na moldura das titularidades dos direitos e deveres é negada. Tal negativa emerge da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se num juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado.<sup>297</sup>

Logo, se do Poder Legislativo derivam leis que podem conter caráter discriminatório o razoável seria a designação de um poder autônomo livre de pressões democráticas e políticas para decidir sobre tais assuntos. Como dito acima, o juiz na atividade jurisdicional deve decidir racionalmente e de maneira fundamentada, ou seja, deve motivar sua decisão – o contrário não se exige do Poder Legislativo na feitura de leis.

O que se colocou como dúvida acerca desta solução foi, em razão da grande imprecisão dos princípios, que colocar nas mãos de juízes o poder de dizer o que o texto constitucional diz, tal poder poderia ensejar decisionismo. Porém, como se colocou, há que se ter em mente que os juízes, na atividade jurisdicional, não estão totalmente livres para decidir, pois suas decisões devem ser dotadas de racionalidade, proporcionalidade e, principalmente no que tange com as questões constitucionais, coerência com o texto constitucional como um todo.

Cabe salientar que, este movimento jurisprudencial no sentido de conferir juridicidade aos relacionamentos homoafetivos está ocorrendo também no âmbito do direito comparado. Veja-se Daniel Sarmiento a respeito:

Contudo, há também diversos exemplos em que, diante da inércia e do desrespeito dos direitos homossexuais pelas instâncias políticas, a iniciativa foi deflagrada

---

<sup>296</sup> CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.96

<sup>297</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113-126.

pelo Poder Judiciário, através do Exercício da jurisdição Constitucional. É o que ocorreu, por exemplo, no Canadá, na Hungria, em Israel, na África do Sul, na Colômbia e nos Estados Norte-americanos do Hawaii, Alaska, Vermont, Massachusets e New Jersey.<sup>298</sup>

O mesmo autor analisando as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional concluiu pelo reconhecimento da juridicidade dos relacionamentos homoafetivos, em boa parte, fundamentando-se na ausência de embasamento jurídico para um tratamento diferenciado representando ofensa ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.<sup>299</sup> Assim, se percebe facilmente que o Brasil não foi o primeiro país a dar o pontapé inicial rumo à igualdade entre relacionamentos homoafetivos e heteroafetivos por meio do poder judiciário no âmbito da jurisdição constitucional.

Desde o início do presente trabalho buscou-se demonstrar que, a decisão do supremo Tribunal Federal demonstrou racionalidade e coerência com a decisão anterior, proferida no voto do Ministro Celso de Mello na ADI 3300, e ainda apresentou interpretação harmoniosa com a Constituição Federal como um todo. De forma que a teoria dos Direitos Fundamentais, como trunfos contra a maioria fundamenta ainda mais a adequação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao equiparar as uniões homoafetivas à uniões estáveis.

Assim, ainda, apresenta conformação com a Doutrina do Romance em cadeia proposto por Dworkin, porquanto a evolução com relação ao tema, mesmo com certa resistência por parte da sociedade, apresentou grandes avanços em inúmeras legislações especiais, tais como eleitoral, previdenciária e tributária, os princípios constitucionais impunham tal interpretação, principalmente, o da vedação ao tratamento discriminatório – outro lado da moeda do princípio da igualdade. Portanto, pode-se se concluir que chegou a tal ponto que, a interpretação do dispositivo 1.723 do Código Civil não poderia ser outro senão o de dar juridicidade aos relacionamentos homoafetivos.

Pode-se concluir que, seja com base no caráter contramajoritário dos Direitos Fundamentais, seja com base em referenciais de coerência, proporcionalidade e racionalidade, ou seja com base na Doutrina do Romance em Cadeia, a decisão do Supremo Tribunal Federal mostra-se coerente e racional.

---

<sup>298</sup> Sarmiento. Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Coord. **Direito privado e constituição: Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 388-425.

<sup>299</sup> Idem.

### 3.3 A DECISÃO COMO EXPRESSÃO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL

Não só esta decisão, mas inúmeras outras advindas do Supremo Tribunal Federal, são passíveis de elogios e críticas.<sup>300</sup> Por este motivo, após a abordagem da fundamentação da decisão proferida de maneira conjunta na ADPF 132/08 e ADI 4.277/09, acerca da coerência e racionalidade da decisão baseando-se em Direitos Fundamentais que apresentam viés contramajoritário. Incumbe o presente trabalho trazer uma das maiores, senão a mais relevante, críticas acerca da decisão proferida em 2012. Esta corte foi acusada de protagonizar um dos momentos de maior expressão de ativismo judicial<sup>301</sup>, fazendo-se questionar os limites da própria jurisdição constitucional.

Tendo em vista que, a decisão baseou-se em boa parte em Princípios Fundamentais e tendo em mente sua adequação com a concepção de que os Direitos Fundamentais representam trunfos contra a maioria, depreende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal mostrou-se coerente por ter conferido proteção a estes direitos reforçando sua eficácia. O entanto, apresentou esta desconfiança no que tange com a transposição de limites e expressão de ativismo judicial ou judicialização da política.

Antes de tudo, é necessário diferenciar os dois termos, Barroso de maneira descontraída afirma a proximidade entre eles: “*A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam (sic) os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.*”<sup>302</sup> Enquanto a Judicialização decorre do modelo constitucional adotado, o ativismo constitui uma postura do magistrado na atividade jurisdicional.

Segundo o autor o ativismo:

---

<sup>300</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. P. 5. Disponível em: endereço eletrônico: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora). Acesso: 25 fev. 2014.

<sup>301</sup> Segundo Glauco Salomão Leite: “Essa expressão surge pela primeira vez em artigo publicado na revista *Fortune*, em 1947, por Arthur Schlesinger Jr. Ele pretendia demonstrar as divisões ideológicas dentro da Suprema Corte. Na divisão, o grupo ativista acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, cabendo-lhe exercer o poder judicial para alcançar resultados socialmente desejáveis. Já o grupo ‘Frankl-further-Jackson sustenta a política da autocontenção judicial, de modo a respeitar as opções legítimas do Poder Legislativo. ...” LEITE, Glauco Salomão. *Jurisdição Constitucional, ativismo judicial de minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; Leite, Glauco Salomão; **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, 29-43. p. 39.

<sup>302</sup> Idem.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>303</sup>

Lança-se mão do conceito de judicialização da política cunhado por Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro...<sup>304</sup>

Antes de adentrar ao tema propriamente dito alguns esclarecimentos fazem-se necessários. Dentre eles a abordagem das características e especificidades da Constituição atual, pois são elas que determinam o modo pelo qual seu texto será interpretado e como esta interpretação deve se realizar.

De acordo com o Professor Paulo Ricardo Schier, a Constituição Federal de 1988 é um documento analítico que reflete seu compromisso com o plural. Mas, que passou pela descrença de que todos os direitos nela contidos poderiam ser, realmente, efetivados. Foi quando, após sua promulgação, a comunidade acadêmica teria contribuído para o desenvolvimento de uma “nova pedagogia constitucional” e com um discurso de força normativa da Constituição.<sup>305</sup>

Tal discurso se refere ao movimento de constitucionalização do direito que, ainda, segundo Paulo Ricardo Schier, impôs um movimento de “impregnação das normas

---

<sup>303</sup> Ibidem, p.6.

<sup>304</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>305</sup> . SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**, inédito, p. 3.

infraconstitucionais por princípios e regras constitucionais”, assim, não se poderia admitir compreender o Direito de outra maneira que não constitucional.<sup>306</sup>

Com o advento do neoconstitucionalismo<sup>307</sup>, que segundo Humberto Àvila: “foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional”<sup>308</sup>; a relação entre lei e Constituição foi alterado, fazendo surgir um aspecto formal da lei, porquanto, pode ser que uma lei possa ter sido criada segundo critérios estabelecidos, porém esta mesma lei pode ser considerada existente, mas não válida.<sup>309</sup> faz surgir a noção de controle de constitucionalidade, reafirmando a hierarquia constitucional.<sup>310</sup>

De acordo com Susanna Pozzolo:

O fato é que o legislador usa conceitos tirados da linguagem comum e reelaborados por uma jurisprudência que, na medida em que estabelece significados, limita a própria discricionariedade interpretativa; e tudo isso vem sobre o panorama de um aparatado jurídico de autoridade.<sup>311</sup>

Assim, com o controle de constitucionalidade, está nas mãos do Poder Judiciário decidir acerca da compatibilidade entre a lei e a constituição. Num contexto de Neoconstitucionalista Pós Positivista, no qual texto e norma estão distantes “o plano

---

<sup>306</sup> Ibidem., p. 8.

<sup>307</sup> Luiz Edson Fachin sobre a incidência direta da Constituição: “Os princípios constitucionais passaram a incidir de maneira direta e imediata, sem que isso represente um saldo sobre o legislador ordinário, embora se diga ou se disse, durante alguns anos após a vigência da nossa Constituição, que a incidência direta e imediata dos princípios constitucionais nas relações interprivadas significaria um desprezo ou um saldo ao legislador ordinário. Isso nos traz uma visão retrógrada dos princípios constitucionais, que eram elevados apenas a um conteúdo programático de políticas públicas.” Princípios Constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 257.

<sup>308</sup> Segundo o autor, conceituar o Neoconstitucionalismo demonstra-se tarefa árdua, pois há diversos autores com diversas perspectivas tratando do tema, que se torna inviável traçar uma única teoria acerca da Neoconstitucionalismo. ÀVILA, Humberto Bergman. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2013.

<sup>309</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna, **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 179.

<sup>310</sup> Importante fazer uma ressalva de que se utiliza o termo Neoconstitucionalismo no presente trabalho, apesar das críticas que o termo recebe, no sentido de que pugna pela reafirmação da eficácia da constituição e pela elaboração de instrumentos que confirmam a ela maior concretização.

<sup>311</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna, **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 177.



problemático, manifesta-se naquelas situações em que, a rigor, poderia existir mais de uma resposta legítima, na perspectiva jurídica, para um único caso concreto.”<sup>312</sup>

Porém, o neoconstitucionalismo deu um passo ainda mais audaz:

A separação entre estes dois níveis normativos, na perspectiva neoconstitucionalista, deveria ser objeto central da teoria do direito, que assumiria também a tarefa de individualizar a ilegitimidade das normas não produzidas pelo legislador. Como já dito, se o ideal é englobado no real, a falta de correspondência do segundo no primeiro pode ser revelada como aspecto da crítica interna do direito positivo. Nesse sentido, a teoria teria a função de revelar a ilegitimidade do direito infraconstitucional.<sup>313</sup>

Prossegue Ferrajoli a respeito:

De fato, (...) o paradigma do Estado Constitucional de Direito impõe a coerência e plenitude das leis ordinárias em relação às normas constitucionais: impõe, em particular, a solução das antinomias geradas pela existência de normas que violam o direito de liberdade, por meio de sua anulação jurisdicional e, por outro lado, o preenchimento das lacunas geradas pela inexistência de normas que imponham o dever de prestação correspondente aos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, por meio de sua introdução legislativa.<sup>314</sup>

Logo, um dos postulados do neoconstitucionalismo é que, revelar a ilegitimidade das lacunas legislativas é uma exigência interpretativa do próprio direito constitucional, e a forma pela qual esta atividade interpretativa se dará dependerá do que prescreve cada constituição. Ou seja, a característica do sistema, no qual todas as normas infraconstitucionais encontram numa constituição recheada de Direitos Fundamentais – em sua grande maioria princípios amplos e imprecisos que dependem de interpretação – seu fundamento de validade.

Resumindo, o que se expôs nestes últimos parágrafos, o movimento de constitucionalismo e neoconstitucionalismo, aliado às características da Constituição Federal de 1988, possibilitaram grande parcela de poder decisório no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>312</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**, inédito, p. 3.

<sup>313</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna, **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 180.

<sup>314</sup> FERRAJOLI, L.La. **La pragmática della teoria Del diritto**. Analisi e Diritto. 2003, p. 351-375.

Já, para Barroso, o fenômeno da judicialização da política ocorreu em razão de outros três, sendo eles o movimento de redemocratização experimentado pelo país que desaguou na promulgação da Constituição Federal de 1988; a constitucionalização abrangente, tendo em vista que o texto constitucional é denso e analítico; e, a previsão do controle de constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>315</sup> E, segundo o autor a tendência de desaguar no judiciário temas de repercussão política não é nova.<sup>316</sup>

Esta possibilidade de intervenção interpretativa realizada com base em princípios constitucionais pode resultar numa enorme gama de resultados, pois “a mesma constituição pode resultar numa teoria de intervenção penal mínima é também a que pode resultar na aplicação de um direito penal máximo fundado na proteção de bens jurídico-constitucionais.”<sup>317</sup>

Todas estas peculiaridades determinam que seja possível ao Supremo Tribunal Federal no, no controle de constitucionalidade, pudesse exercer o papel de intérprete da Constituição. Ante à necessidade interpretativa da Constituição Federal, e à possibilidade desta ser interpretada pelo Poder Judiciário algumas discussões fomentaram-se, dentre elas o cabimento da interferência entre poderes e o descompasso que tal fato poderia ensejar.

Especificamente Silvia Ozelame, a respeito:

Mesmo que haja previsão constitucional sobre a dignidade da pessoa humana a todos os brasileiros, é cedo que essa premissa está muito aquém de ser concretizada. Por isso a intenção é analisar a interferência política que o Poder Judiciário detém quando

<sup>315</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. p. 4. Disponível em: ,endereço eletrônico: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora)>. Acesso: 25 fev. 2014.

<sup>316</sup> De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares outros. FERRAJOLI, L. La. **La pragmática della teoria Del diritto**. Analisi e Diritto. 2003, p. 351-375.

<sup>316</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. p. 6. Disponível em: ,endereço eletrônico: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora)>. Acesso: 25 fev. 2014.

<sup>317</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**, inédito, p. 17.

judicializa direitos ‘sonegados’ pelos Poderes Executivo e Legislativo e observar a fundação do Ministério Público quando provoca a prestação jurisdicional.

O Poder Judiciário, nas sociedades contemporâneas, não pode dissociar-se da democracia. Diante do poder dos tribunais, percebe-se a mobilização política da sociedade, e esse vínculo entre democracia e ativismo judicial designa-se como ‘judicialização da política’<sup>318</sup>

Vanessa Elias lista os fatores que ensejam esta judicialização:

(...) democracia, separação de poderes, política de direitos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias e percepções das instituições políticas. Essa instituição tem como característica o alto custo político daqueles que são eleitos. Por isso, questões que versam sobre minorias são irrelevantes, o que se confirma com decisões judiciais versando sobre reconhecimento de direitos aos homoafetivos advindas dos tribunais.<sup>319</sup>

Em via contrária à ideia de judicialização, Rawls preceitua que os juízes deveriam realizar a atividade interpretativa culminando, quando necessário, numa atividade legislativa que deveria ser realizada de maneira modesta e limitada. Segundo ele:

No caso da descrição positivista simples (...) como frequentemente acontece, as regras estabelecidas e interpretadas apenas nesse sentido são insuficientes para decidir o caso, então os juízes devem declarar que o direito não oferece nenhuma resposta e, a partir daí, legislar por conta própria para preencher a lacuna então existente. (...) Contudo devem fazer de maneira modesta e limitada, e do modo como acreditam que o poder legislativo hoje vigente legislaria se estivesse incumbido da solução do problema.<sup>320</sup>

Seria como se o Poder Judiciário somente estivesse autorizado a intervir se o fizesse concordando com o posicionamento do Poder Legislativo evitando, assim, ofensa ao arranjo da tripartição de poderes. E entender o Poder Judiciário como porá voz do Poder Legislativo seria um retrocesso, significaria voltar ao dogma do Positivismo estrito no qual o juiz era considerado meramente a “boca da lei”.

---

<sup>318</sup> MOSCHETTA, Silvia Ozelaime. **Homoparentalidade: Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126.

<sup>319</sup> ELIAS, Vanessa de. **Judiciário e privatizações no Brasil: existe judicialização da política?** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 559-589, jul/set. 2005.

<sup>320</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 350-351.

Pois, se ao Superior Tribunal Federal cabe o papel de guardar a constituição e dela ser o intérprete de nada adiantaria apenas decidir, em casos lacunosos ou não, de acordo com o que decidiria o Poder Legislativo, sob pena de eternizar a tirania da maioria sobre a minoria estigmatizada – perpetuando a prática de dominação<sup>321</sup>. Questionar a decisão proferida seria questionar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal de realizar o controle de constitucionalidade que, frise-se, está previsto no texto constitucional, logo, seria questionar uma legitimidade prevista na Constituição<sup>322</sup>, seria questionar a constituição.

Ante ao exposto, tal qual ocorre com o princípio do “*non liquet*”, no qual o juiz não pode se afastar de julgar determinado caso a ele proposto por ausência de lei que regulamente o caso. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado, que possibilita que questões – que a princípio deveriam ser decididas no âmbito político – sejam submetidas ao Poder Judiciário. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não pode, simplesmente, deixar de analisar alegando que a questão é política e, por isso, está impedido de decidir.

Prosseguindo, apesar da conotação negativa que o ativismo judicial pode apresentar.<sup>323</sup> Ao se deparar com um processo desta característica, os Ministros não podem adotar outra postura senão a de buscar concretizar princípios constitucionais, como expressão ativista, pois assim estarão apresentando postura visando uma visão emancipadora<sup>324</sup> do

---

<sup>321</sup> Paulo Ricardo Schier a respeito da dominação: “Todavia, buscando desmarcar a ‘verdadeira função do fenômeno jurídico’ esse modelo de pensamento não deixa de ser parcial, na medida em que tangencia o Direito através de um único ângulo – o da dominação”. SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1999, p. 23.

<sup>322</sup> Habermas ao se referir à legitimidade do controle de constitucionalidade, no que tange à possível afronta à democracia que, se está num contexto não apenas de Estado Democrático, mas um Estado Democrático de Direito, ou seja, um estado submetido às normas produzidas democraticamente. E, ainda, que a leitura do controle de constitucionalidade deve levar em consideração, ainda, um contexto de Estado Social. Veja-se: “E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado Social – pretender-se manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado Democrático de Direito e, com isso, a ideia de auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma ‘ordem’ que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte de do Estado de Direito. (...) o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico de separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas pelo paradigma liberal, portanto, não pode mais limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos estatais”. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. p. 324-325.

<sup>323</sup> Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial significa simplesmente a ultrapassagem das linhas demarcatórias da junção jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.116. Como já exposto ao longo do tópico o fenômeno do ativismo judicial não pode ser tão simplesmente conceituado, pois tal conceituação apresenta apenas a indicação de uma conotação negativa.

<sup>324</sup> Sobre uma visão emancipadora do Direito. De acordo com Paulo Ricardo Schier, a Constituição vigente inovou no sentido em que apresenta uma feição eminentemente principiologica. Neste contexto, a este diploma normativo colocou os princípios que, outrora ocupavam mero lugar subsidiário às normas, como “tapa

Direito e visando à eficácia das normas constitucionais. E, é exatamente esta a postura que a Constituição impõe aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando coloca em suas mãos o poder de interpretar a Constituição, mantendo-a eficaz e atual, adequada aos fatos que ocorrem na sociedade.

Para Paulo Ricardo Schier:

Cabe aos operadores do Direito, então, continuar a tarefa de construção de uma dogmática constitucionalizada que efetivamente seja comprometida com a democracia, com o pluralismo e com a emancipação.<sup>325</sup>

Para Barroso, apesar de mostrar-se preocupado com o ativismo judicial<sup>326</sup>, manifestasse de maneira positiva no que tange com a postura do Supremo Tribunal Federal quanto à Judicialização da Política expressa nas recentes decisões, mais intensas a partir de 2008, veja-se.

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a

---

buracos”, em um patamar prioritário no ordenamento jurídico. Esta preferência da Constituição de 1988 pelos princípios tornou necessária a alteração na dogmática e na instrumentalização do direito.

Ante esta necessidade de alteração foi cunhado o conceito de filtragem constitucional, no qual a Constituição expressa não somente o que é juridicamente uma sociedade, mas o que ela pretende ser, de modo que, a Constituição não poderia ser apenas o mero reflexo de alguma estrutura econômica. Daí que se percebe que o regate da dignidade normativa do direito e do direito constitucional, no Brasil, também surge por decorrência do processo de superação do discurso das teorias críticas, sem contudo, descartar seus pressupostos epistemológicos. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1999, p. 21-100.

<sup>325</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**, inédito, p. 20.

<sup>326</sup> Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juizes. FERRAJOLI, L.La. **La pragmática della teoria Del diritto**. *Analisi e Diritto*. 2003, p. 351-375.

<sup>326</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista Atualidades Jurídicas*, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. p. 19. Disponível em: endereço eletrônico: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora)>. Acesso: 25 fev. 2014.

cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.<sup>327</sup>

Para Patrícia Perrone:

A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes.<sup>328</sup>

Para Kelsen, o papel da jurisdição constitucional é o de fazer a ponte entre o interesse das maiorias e das minorias, sem que isto implique em ofensa à democracia. Segundo ele, a democracia não pode ser entendida como a onipotência da maioria e o papel da jurisdição constitucional é o compromisso com a maioria e a minoria que, de tempos em tempos, se alterna sendo figura fundamental no equilíbrio entre elas. E, ainda, deste modo a jurisdição constitucional se opõe à ditadura da maioria, que não é menos perigosa que a ditadura da minoria.<sup>329</sup>

Especificamente no que se refere à decisão proferida, Glauco Salomão Leite:

Não obstante a corte ter tangenciado a discussão em torno do ativismo judicial, vê-se que ela rejeita esse predicado, entendendo não ocupar o espaço do legislador. No caso que fora julgado, não se estava apenas a suprir um espaço não ocupado pelo Poder Legislativo. O problema é que, em razão da omissão do Poder Legislativo, parceiros homoafetivos encontravam-se na ‘clandestinidade jurídica’, sem a devida proteção estatal a seus direitos fundamentais. No fundo, cuidava-se de atuação judicial para a defesa de direitos fundamentais de minorias.<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. p. 5-6. Disponível em: <endereço eletrônico: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora)>. Acesso: 25 fev. 2014.

<sup>328</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114.

<sup>329</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.12.

<sup>330</sup> LEITE, Glauco Salomão. Jurisdição Constitucional, ativismo judicial de minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; Leite, Glauco Salomão; **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, 29-43.

Assim, pode-se concluir que o fato do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em 2011, proferido no julgamento conjunto da ADPF 132/08 e da ADI 4.277/09, expressa a inevitável judicialização da política – o que não pode ser considerado negativamente,<sup>331</sup> e ainda, ativismo judicial. Ao decidir os ministros o fizeram de forma a afastar a mera leitura textual do dispositivo, interpretando-o nos moldes dos Princípios Constitucional e princípios de interpretação Constitucional – e que, não deveria ser de outra forma.

---

<sup>331</sup> Sobre o tema Vanice Regina Lírio do Vale; “O debate atual se dá não mais a partir das velhas perspectivas da (in)inducibilidade dos direitos sociais; mas tendo por origem uma compreensão ampliada do processo democrático como valor também associado ao constitucionalismo do século XXI, e uma visão de dignidade da pessoa que compreenda seu reconhecimento como sujeito constitucional – e não como objeto daquelas previsões. É preciso evitar que a jurisdição promova a regressão – e não a mudança; o objetivo portanto é prevenir esse efeito deletério e incorporar uma dimensão emancipadora do sujeito – esse o problema enfrentado no presente texto”. DO VALE, Vanice Regina Lírio. **O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. Jul/Dez 2013. ISSN: 1982-0496. QUALIS B1, Volume 14.2, Número 14.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho, ao longo dos três capítulos expostos, buscou apresentar os motivos pelos quais a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento conjunto da ADPF 132/08 e da ADI 4.277/09, em 2011, quando reconheceu a juridicidade, ou seja, conferiu tratamento jurídico para os relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo, está adequado à realidade social, pois o fato social existe desde os primórdios.

E, ainda, ficou comprovado que a sociedade tem demonstrado, atualmente, um posicionamento do tipo teórico idealizado por Andrew Sullivan, no qual na teoria condena a discriminação, mas na prática nada faz para implementar a igualdade. Atualmente, é reprovável expressar um discurso discriminatório, no entanto, na prática muitas pessoas ainda cultivam o ódio e a discriminação e acabam expressando tais sentimentos, mesmo que de maneira velada. Sem contar, os atos de repúdio e as atrocidades que, corriqueiramente, são noticiados na mídia contra os homossexuais.

No primeiro capítulo, segundo a teoria de Sullivan, a melhor solução para resolver o problema da desigualdade, e também a angústia dos homossexuais, deveria partir dos órgãos estatais de maneira a promover a igualdade através, dentre as medidas, da possibilidade da habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Desta forma, os demais indivíduos os respeitariam mais, pois seria um ente superior reconhecendo e dando legitimidade a tais relacionamentos. E, ainda, tal reconhecimento poderia promover melhora na qualidade de vida dos homossexuais.

Além disso, restou evidente que, apesar de que durante muito tempo tais relacionamentos fossem considerados crime, pecado e doença, situação que perdurou durante séculos, paulatinamente, a sociedade evoluiu no sentido de deixar estes posicionamentos e com a ajuda da ciência e da medicina, pode-se comprovar que, apesar de diferentes, os homossexuais são normais. No entanto, deve-se ficar claro que este tópico, apenas se encarregou de trazer os estudos que já existiam, pois mesmo que se comprovasse que a orientação sexual decorresse de anomalia, o presente estudo continuaria defendendo o tratamento igualitário aos relacionamentos homoafetivos.

Se o papel do Direito é regular as relações que ocorrem na sociedade e deve apresentar caráter dinâmico para acompanhar a evolução das relações, não se mostra aceitável o fato de que o Direito – mais especificamente a legislação pátria não reconhecesse tais fatos



sociais. Com o intuito de demonstrar que o Poder Legislativo ficou-se inerte durante longo período ignorando tal fato social, o segundo capítulo se encarregou de apresentar os diversos projetos de lei que foram apresentados nas casas legislativas e que nunca foram aprovados, comprovou-se estatisticamente que alguns partidos sempre mostravam-se contrários a tais projetos, em geral os componentes das bancadas religiosas. Desta análise já se comprovou que estava ocorrendo a tirania da maioria tão temida por diversos autores citados ao longo do texto.

Diante da não existência de previsão legal para um fato social recorrente, as demandas começaram a surgir e serem submetidas aos demais poderes. Em geral, pode-se perceber que as primeiras legislações a reconhecer alguns direitos acessórios aos homoafetivos, foram portarias e normativas internas de órgãos administrativos, algumas com intervenção do Ministério Público. Na sequência, foi editada a Lei Maria da Penha que inseriu a proteção da mulher independente de opção sexual, sendo considerada como representante de um grande avanço para o reconhecimento da igualdade e para a inserção da família homoafetiva no rol de famílias protegidas pela Constituição Federal.

Como não poderia ser diferente as demandas referentes a pedido de direitos relacionados aos relacionamentos homoafetivos, igualmente, desaguarão como uma enxurrada no Poder Judiciário, que se viu diante de diversas dúvidas. Aos juízes é proibido alegarem a ausência de lei para decidir, mas sobre eles, neste período, várias dúvidas recaíram. Dentre as dúvidas questionava-se: qual a competência para julgar essas lides seria da vara de família ou do juízo cível? Os companheiros teriam direitos sucessórios? Como tratar tal situação? Aos poucos o panorama foi clareando e daí começaram as evoluções jurisprudenciais, até que, no Rio Grande do Sul, considerado um tribunal progressista, reconheceu-se pela primeira vez, decisão que, em 1990, fixou a vara de família como competente para julgar tais assuntos e, em 2011, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Donde se conclui que os grandes assuntos atrelados ao tema sempre tiveram mais avanços no Poder Judiciário e pela via administrativa do que através do Poder Legislativo.

Mediante busca textual no site do Supremo Tribunal Federal comprovou-se que a primeira vez que aquela corte enfrentou o assunto ocorreu em 2006, no qual mediante decisão monocrática, o Ministro Relator Celso de Mello entendeu que a lide esbarrou em questão de ordem formal, mas por entender que a questão era “relevantíssima”, abordou o tema e fundamentou que o reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos era medida que se

impunha ao ordenamento jurídico, fundamentando seu posicionamento em princípios constitucionais.

Na sequência, por convergência de objetos, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, voltou a enfrentar a questão, analisando conjuntamente a ADPF 132/08 e a ADI 4.277/09. As lides foram analisadas conjuntamente e o que se discutia era basicamente respeito da interpretação do artigo 1723 do Código Civil, que expressa o disposto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, ambos apresentam taxativamente que a União Estável deve ser formada pela união entre homem e mulher. Evidente que a interpretação deste artigo deve se ser realizada tendo o texto constitucional como parâmetro.

Tal julgamento culminou na equiparação dos relacionamentos homoafetivos à união estável e, conseqüentemente, possibilitando sua conversão em casamento – do que se extrai das decisões posteriores daquela corte. E, ainda, na sequência o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de habilitação para o casamento. E, no ano passado, 2013, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça – regulamentou o tema e padronizou que os cartórios deveriam receber a habilitação para o casamento.

Outra consequência estarrecedora de tal decisão foi que nos dias que se seguiram ao julgamento, a bancada religiosa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se insurgiu contra tal decisão, apresentado àquelas casas projeto de lei para sustar a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Prosseguindo, verifica-se que, existem princípios doutrinariamente desenvolvidos com vistas à guiar a atividade interpretativa do juiz, dentre eles: a unicidade, conformação da unidade da constituição, concordância prática ou da harmonização, da força normativa da constituição, máxima efetividade, efeito integrador, interpretação conforme á constituição, Princípio da proporcionalidade.

Logo, tendo em vista, que os direitos fundamentais apresentam um viés contramajoritário e que para que a democracia material se conforme é necessário o respeito aos Direitos Fundamentais, principalmente, da maioria, cabe ao Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da constituição e incumbido de realizar sua melhor interpretação de acordo com os princípios acima citados, com vistas a proteger os Direitos Fundamentais, e, inclusive, conforme consta da decisão, proferida em sede de controle de constitucionalidade, que esta corte também representa um viés contramajoritário .

Assim, a decisão que se baseou em princípios constitucionais, e com base em tais princípios, fundamentou sua decisão apresenta-se racional e coerente, pois os direitos fundamentais apresentam caráter de superioridade, porquanto, tem viés contramajoritário, ou seja, nem mesmo a vontade da maioria pode ser capaz de extingui-los. E, ainda, com base na Doutrina do Romance em Cadeia de Dworkin, a sociedade, as legislações administrativas, a jurisprudências dos tribunais estaduais, estavam evoluindo no sentido de reconhecer tais relacionamentos, deste modo, o Supremo Tribunal Federal não poderia virar as costas para a minoria, tampouco, deixar de interpretar a lei segundo os Direitos Fundamentais, por estes motivos a decisão proferida mostra-se acertada.

No ramo doutrinário a maior crítica que se desenvolveu em torno da decisão seria o fato de que esta estaria expressando um viés de Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Em primeiro lugar, se esclareceu que a judicialização da política foi um fenômeno que, no geral, foi ensejado pelo modelo constitucional adotado no qual algumas questões, de acordo com a Constituição Federal, deve ser analisadas pelo Judiciário, especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, os ministros não poderiam se negar a analisar tal lide. Em segundo lugar, no que tange com o ativismo judicial, este caracteriza-se pela atitude do magistrado em julgar buscando a efetividade dos direitos, deixando de lado o passivismo, e colocando-se em papel ativo nesta efetivação. No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se ativista no sentido de dar ao texto legal a interpretação segundo a constituição, efetivando os direitos fundamentais da maioria não representada no Congresso Nacional, e conferindo à Carta de 1988 eficácia social. Assim, deste ponto de vista, realmente o Supremo agiu conforme o movimento de Judicialização da Política com atitude ativista, mas isto não pode ser visto de maneira pejorativa, ao contrário, referida decisão mostrou-se racional, coerente e de acordo com o dispõe a Constituição Federal. Num contexto Neoconstitucionalista a postura que se exige dos ministros é exatamente a que foi implementada.

A Constituição Federal de 1988 é composta por normas que se subdividem em regras e princípios<sup>332</sup>, dos quais estes últimos são dotados de maior vagueza e imprecisão.<sup>333</sup> Deve

---

<sup>332</sup> Esta composição é necessária. “Os princípios dotados de maior vaguidade são facilmente acusados, não sem razão, de deixar de oferecer um parâmetro normativo seguro para as decisões. É certo que não seja prático, operacional, apenas o princípio do devido processo legal, para conduzir o processo de determinada ação – processo judicial. É com alívio que se afasta muito a possibilidade de dúvida ou controvérsia diante da clareza da regra do art. 522 do Código de Processo Civil: o prazo para a interposição do Agravo de Instrumento é de dez dias, chova ou faça sol. O direito diante da expectativa concreta da sociedade ao oferecer, impositivamente,

ficar claro, ainda, que em casos em que há dúvida a respeito da constitucionalidade de determinada interpretação de um dispositivo, o juiz lançará mão da atividade hermenêutica a ele delegada para determinar qual a interpretação mais correta e constitucional acerca do tema.

Pro fim, restou claro que não pode subsistir democracia onde a proteção das minorias estiver ausente. Desta forma, a interpretação conferida ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 equiparando a união homoafetiva à união estável mostra-se em consonância com o arcabouço normativo da Constituição Federal de 1988, e, ainda, representa respeito aos princípios interpretativos, bem como, se realizou dentro dos limites Constitucionalmente previstos.

---

normas objetivas e definitivas par evitar ou, caso ocorram, solucionar controvérsias.” ROTHENBUTG, Walter Claudius. As **exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios**. In: p. 90-110.

<sup>333</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.e. Rio de Janeiro: Almedina, 2010, p. 1159-1187.

## REFERÊNCIAS DO PRIMEIRO CAPÍTULO

ABDO, Carmita. H. N, **Estudo da vida sexual do brasileiro**. São Paulo: Editora Bregantini, 2004.

ARRUDA, Roldão. **Dias de ira**. São Paulo: Editora Globo, 2001.

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

BURR, Chandler. **Criação em separado: como a Biologia nos faz homo ou hetero**. Tradução Ary Quintella. Rio de Janeiro: Record, 1998.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTR, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DOVER, K. J. **A homossexualidade na Grécia Antiga**. Tradução. Luís S. Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994.

DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovas, 1997. p. 113-126.

FONSECA, Claudia; TERTO JÚNIOR, Veriano. **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Vol. I. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 [1988].

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Vol. II. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 [1984].

GUIMARAES, Anibal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HELMINIAK, Daniel A. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Tradução: Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998.

II Samuel 1:26

ILGA. Disponível em : <<http://ilga.org/ilga/es/index.html>> Acesso em: 21 jul. 2013.  
KAPLAN, Sadock. **Compêndio de Psiquiatria Dinâmica**. 4.e. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988, p. 484-487.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.  
KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1992 [1969], p. 36-113.

Levítico 18:22

Levítico 20:13

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Adilson José. **A união homoafetiva: a construção da igualdade**. 2. ed. Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2010, p. 311.

MOTT, Luiz, **Homossexualidade: Mitos e verdades**. Bahia: Editora Grupo Gay da Bahia, 2003.

MOTT, Luiz. **Escravidão, homossexualidade e demonologia**. São Paulo: Ícone, 1988.

MUGRABI, Elias; BASTOS, Leonardo N. Direito e Educação: pela dignidade humana contra a homofobia. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon. (Org.). **Educação como direito fundamental**. Curitiba: Editora CRV, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE: CID-10: classificação de transtornos mentais e de comportamento: critérios diagnósticos para pesquisa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.

ORAISON, Marc. **A questão homossexual**. Tradução José Kosinski. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

RIBEIRO, Irineu Ramos. **A TV no armário**. São Paulo: Edições GLS, 2010.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média**. . Tradução Marco Antônio E. da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

Marco Antônio E. da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. in: FONSECA, Claudia; TERTO JUNIOR, Veriano; ALVES, Caleb Farias. (Org.) **Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos, 2004.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Coord. **Direito privado e constituição: Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 388-425.

SELL, Teresa A. **Identidade homossexual e normas sociais. (Histórias de vida)**. Florianópolis: UFSC, 1987.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 97-109.

SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo.** . Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade.** Ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Tem na biblioteca da ordem.

## REFERÊNCIAS DO SEGUNDO CAPÍTULO

AGAPITO, Priscila De Castro Teixeira. Formalização notarial das relações homoafetivas. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 306-320.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato.** 2. e. São Paulo: Atlas, 2002, p. 465.

BRASIL. Minas Gerais. TJMG. 2ª Câmara Cível. AC 226.040-8. Rel. Carreira Machado- RT 742/393, J.08.04.1997.

BRITO, Fernanda de Almeida. União Afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos. São Paulo: Editora LTR, 2000.

CAMARGO, Sérgio Alexandre. **Conquistas Administrativas no Direito Homoafetivo.** In:\_\_\_\_\_. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 467-493.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.e. Rio de Janeiro: Almedina, 2010.

CASSETTARI, Christiano. Aspectos notariais e registrais do contrato de convivência homossexual. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 298-303.



CHAVES, Marianna. As uniões homoafetivas no direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 45-63.

\_\_\_\_\_. Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade. 2.e. Curitiba: Juruá, 2013.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004,

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. Cidade: Editora Revista dos Tribunais, ano.

\_\_\_\_\_. **A família além dos mitos**. Cidade: Editora Revista dos Tribunais, ano.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade: o que diz a justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Rumo a um novo ramo do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 249-262.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Famílias**. 21. e, 5. v. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovas, 1997.

\_\_\_\_\_. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novo direitos**. Porto Alegre: Editora Núbris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. ver. at. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais. 1.e.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Família,** vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Marilene Silveira, **Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais.** In ALVIM, Tereza Arruda (coord.). **Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

\_\_\_\_\_. Princípios de Yogyakarta. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família. In: O direito de família e a Constituição de 1988.** BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1989.

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução no conceito de família. Rumo a um novo ramo do direito. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. “Novas” entidades familiares. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Editora Núbris, 2008. P. 16-31.

\_\_\_\_\_. Perspectiva Civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.134.

\_\_\_\_\_. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do Casamento Homossexual**. São Paulo: LTR, 2008.

MENDONÇA DO AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. **Histórias de amor num país sem leis: A homoafetividade vista pelos tribunais – Casos Reais**. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. \_\_\_\_\_. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: A construção da igualdade na jurisprudência brasileira**. 2.e. Ver. At. Curitiba: Juruá, 2012.

MOSCHETTA, Silvia Ozelaime. **Homoparentalidade: Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade: Análises mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. 2.e. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT\* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal.** -- Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

OPPERMANN, Marta Cauduro. Competência das varas de família. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACE, Maria Clayde Alves. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional. In: Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA LIMA, Marianna de Almeida Chaves. **Homoafetividade.** Cidade: Editora, 2012.  
PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família.** 16.e.vol. V. São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Trotta: Madrid, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual.**

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Editora Núbris, 2008.

SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. Homofobia e violência doméstica. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA. Ricardo José de Medeiros e. **Lei Maria da Penha e união homoafetiva.** In: Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, a, 1, n.2.

TALAVERA, Glauber Moreno. Et. Al. **Manual do Direito Homoafetivo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União Civil entre pessoas do mesmo sexo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família da Lei Maria da Penha. Rumo a um novo ramo do direito. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação do direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídica privadas? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Editora Núbris, 2008.

TJRS, 7ª Câmara Cível, AC 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis.j. 01.03.2000. [sem grifo no original]

VARGAS, Fabio de Oliveira, **União Homoafetiva direitos sucessórios e novos direitos**. Cidade: Editora, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006) In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2.e. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: Direito de Família**. vol.VI. São Paulo Saraiva. 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Parte Geral**. 4.e. São Paulo, 2004.

## REFERÊNCIAS DO TERCEIRO CAPÍTULO

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -. Disponível em: <

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade, e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos Sistemas *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea**. Curitiba. 264 f. Tese de Doutorado em Direito pela PUC/PR, p. 21.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. P. 5. Disponível em: ,endereço eletrônico: [www.oab.org.br/oabeditora](http://www.oab.org.br/oabeditora)>. Acesso: 25 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª e. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Fundamentos Teóricos**. Vol I, São Paulo: Manole. 2005.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Editora Núbris, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. V. 18, nº 51, São Paulo, maio/ago. 2004, p. 127. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext). Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3300, Relator Ministro: Celso de Mello, Julgado em 03/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3300&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 20 fev.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, Relator Ministro: Ayres Britto, Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635/geral/verPdfPaginado.asp?id=628633&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20132>> Acesso em 20 fev.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 132, Relator Ministro: Ayres Britto, Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=628633&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20132>> Acesso em 20 fev.2014.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, Quarta Turma. Relator: Ministro Felipe Salomão, Julgado em 25/10/2011. Disponível em:  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=casamento+mesmo+sexo&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=casamento+mesmo+sexo&b=ACOR). <Acesso em 16 de out.2012>.

Câmara dos deputados. Disponível em:  
[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=adi+4277&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos). <Acesso em: 16 de outubro de 2012>

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.e. Rio de Janeiro: Almedina, 2010, p. 1159-1187.

CAPALDI, Nicolas. **Da liberdade de expressão: Uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Trad. Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1974.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional** (e de teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

DO VALE, Vanice Regina Lírio. **O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. Jul/Dez 2013. ISSN: 1982-0496. QUALIS B1, Volume 14.2, Número 14.

DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna, **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição Norte-Americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Rev. Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

ELIAS, Vanessa de. **Judiciário e privatizações no Brasil: existe judicialização da política?** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 559-589, jul/set. 2005.

FACHIN, Luis Edson. Princípios Constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovas, 1997.

\_\_\_\_\_. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números: O múltiplo Supremo.** Rio de Janeiro: FGV e EMAP, 2011. O I Relatório do projeto Supremo em Números está disponível no site: <http://www.supremoemnumeros.com.br/>

FALCONE. Marconi. **Justiça Constitucional: O caráter jurídico-político das decisões do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.



FEREJOHN, John; PASQUINIO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz, **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, L.La. **La pragmática della teoria Del diritto**. Analisi e Diritto. 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **El Estado Moderno en Europa**. Madrid: Trotta, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera; GÓMEZ, Manuel J. Sabariego; MARTÍN, Rocío Medina; ROBLES, Vicente Barragán; MARTÍN, Gemma Lorente. La democracia en proceso participativo: principios, fundamentos y requisitos. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio et al (Coord). **La Pedagogía de la decisión. Aportaciones teóricas y prácticas a da construcción de las democracias participativas**. Sevilla: CIMAS, s.n.

GEDIEL, José Antônio Peres, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Trad. Cidade: Biblioteca Tempo Universitário 101, Ano.

KLARMAN, Michael J. From the Closet to the Altar Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage. Disponível em: <<http://global.oup.com/academic/product/from-the-closet-to-the-altar-9780199922109;jsessionid=347B28EF6DDDFEAE5CE773708696768?cc=us&lang=en&#.U15y8BYaYys.facebook>> Acesso em: 10 mai 2014.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. Jurisdição Constitucional, ativismo judicial de minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; Leite, Glauco Salomão; **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Glauco Salomão. Jurisdição Constitucional, ativismo judicial de minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; Leite, Glauco Salomão; **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. **O STF na crise institucional brasileira: Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Perspectiva Civil Constitucional.** In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Revista Trimestral de Direito Civil**, p. 97.

MOREIRA, Adilson José. **A união homoafetiva: a construção da igualdade.** 2. ed. Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2010.

MOSCHETTA, Silvia Ozelaime. **Homoparentalidade: Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜLLER, Friedrich, **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad: Peter Naumman, São Paulo: Max Limonard, 2000.

MÜLLER, Friedrich, **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad: Peter Naumman, São Paulo: Max Limonard, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Resolução 175 – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)> . <Acesso em 22 de fev. 2014>

ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROTHENBUTG, Walter Claudius. **As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luzi Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**, inédito.

SCHIER, Paulo Ricardo. A origem do direito constitucional. In: SCHIER, Paulo Ricardo. **Anotações nucleares de direito constitucional**. 1ª Ed. 3ª Tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. **Filtragem Constitucional**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1999.

\_\_\_\_\_. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 4 – outubro/novembro/dezembro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>> Acesso em: 26 out. 2013.

SILVA, Jorge Cesa Ferreria da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang, **Direitos Fundamentais e direito privado: Uma perspectiva de direito comparado**. São Paulo: Almedina, ano.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8º ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **As tensões da modernidade**. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

TALAVERA, Glauber Moreno. Et. Al. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar: 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Colisão e antinomia entre princípios e regras. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 25.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manual de diritto costituzionale: i sistema delle fonti Del diritto**. UET, 1988, v 1.