

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**CASAMENTO CIVIL IGUALITÁRIO: Uma interpretação decorrente dos
princípios jusfundamentais da Constituição**

JOÃO VITOR DE OLIVEIRA

**FLORIANÓPOLIS
2013**

JOÃO VITOR DE OLIVEIRA

**CASAMENTO CIVIL IGUALITÁRIO: Uma interpretação decorrente dos
princípios jusfundamentais da Constituição**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique
Urquhart Cademartori

FLORIANÓPOLIS

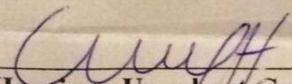
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

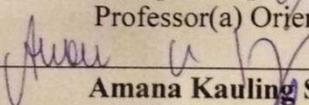
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Casamento Civil Igualitário: Uma interpretação decorrente dos princípios jusfundamentais da Constituição**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **João Vitor de Oliveira**, defendida em **06/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

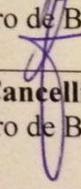
Florianópolis, 6 de Dezembro de 2013



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Amana Kauling Stringari
Membro de Banca



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca

RESUMO

O presente trabalho realiza um estudo sobre o instituto do casamento civil igualitário sob o viés constitucional. Visa examinar as questões relacionadas à necessidade de que os novos arranjos familiares, principalmente os formados por pares homoafetivos, possuem de ter seus direitos fundamentais assegurados, direitos esses pautados nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Por meio do ativismo judicial, o Judiciário vem agindo e decidindo casos concretos que lhe são submetidos, conforme julgados carreados ao longo do texto. Então, para a compreensão do assunto, esta monografia aborda de forma dedutiva a técnica de pesquisa bibliográfica, e tem como objetivo geral a análise do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e o amparo constitucional para o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, primordialmente, é descrita a evolução, em Direito, do conceito de família, homossexualidade e casamento. Já no segundo momento, é abordado o instituto do casamento civil igualitário e apresentado os princípios da Constituição Federal Brasileira de 1988 que o garantem. Enfim, apresenta-se estudo sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas e a jurisprudência das cortes constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos da América acerca do tema.

Palavras-chave: Casamento civil igualitário. Direitos fundamentais. União homoafetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 FAMÍLIA, CASAMENTO E HOMOSSEXUALIDADE – RESGATE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO JURÍDICA	7
1.1 Família	7
1.2 Casamento.....	15
1.3 Homossexualidade.....	20
2 CASAMENTO CIVIL IGUALITÁRIO – IMPERATIVO DECORRENTE DE PRINCÍPIOS QUE REGEM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	25
2.1 Normas, Regras e Princípios	25
2.2 Aplicabilidade e Operacionalização dos Princípios Constitucionais	27
2.3 Constitucionalização do Direito Civil e a Possibilidade do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo.....	31
2.4 Princípio da Dignidade Humana.....	39
2.5 Princípio da Igualdade.....	41
2.6 Princípio da Liberdade	42
2.7 Princípio da Razoabilidade.....	44
3 RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	45
3.1 O caso brasileiro – ADI 4277 e ADPF 132	45
3.1.1 ADI 4966	51
3.2 O caso norte-americano – <i>Hollingsworth v. Perry</i> e <i>U.S. v. Windsor</i> (<i>Preposition 8</i> e <i>DOMA rulings</i>).....	54
CONCLUSÃO	57
REFÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, os aspectos individuais da homossexualidade foram admirados ou condenados, de acordo com as normas sexuais vigentes nas diversas culturas e épocas em que ocorreram. No entanto, nos últimos anos, com a crescente manifestação pública da homossexualidade, esta questão vem sendo discutida de forma minuciosa pela sociedade, principalmente pelos juristas, ante a ausência de tratamento jurídico sobre o tema.

Dentre o rol de modalidades de família que pode ser observado no bojo da Constituição Brasileira, não consta a família homoafetiva, a qual define a união estável como entidade familiar somente entre as relações mantidas entre o homem e a mulher. Outros entendem serem as uniões mantidas pelos pares homoafetivos uma entidade familiar, a partir de uma interpretação analógica e sistemática da Constituição Federal, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Diante de tal situação, o tema do presente estudo visa examinar as questões relacionadas à necessidade de que os novos arranjos familiares, principalmente os formados por pares homoafetivos, possuem de ter seus direitos fundamentais assegurados, direitos esses pautados nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, este trabalho objetiva, em três capítulos, demonstrar a evolução histórica dos princípios e do ordenamento jurídico relativos à família, compreender as uniões entre pessoas do mesmo sexo e o seu reconhecimento jurídico, além de analisar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para tanto, inicialmente, o primeiro capítulo trata da instituição familiar fazendo uma abordagem conceitual, histórica e legal, explanando os novos modelos familiares destacando a nova concepção da sociedade contemporânea ante as famílias homoafetivas. Ainda no primeiro capítulo, analisa-se a homossexualidade e

seus aspectos, destacando a evolução histórica, o tratamento dispensado ao tema no direito comparado e o reconhecimento da homoafetividade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a instituição do casamento.

Já no segundo capítulo, é abordado o casamento civil igualitário e apresentado os princípios que regem a Constituição Federal Brasileira de 1988, em especial sua estrutura normativa e principiológica, a qual não justifica qualquer tentativa de restrição ou negativa de direito às pessoas em função de sua orientação sexual.

Em seguida, no terceiro capítulo, o estudo estende-se ao reconhecimento das uniões homoafetivas e ao direito ao casamento por pares homossexuais e a jurisprudência recente das cortes constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos da América, em especial: ADPF 132 e ADI 4277, de 2011, e ADI 4966 (pendente de julgamento), do Supremo Tribunal Federal, e *Hollingsworth v. Perry* e *U.S. v. Windsor*, ambos de 2013, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

1 FAMÍLIA, CASAMENTO E HOMOSSEXUALIDADE – RESGATE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

1.1 Família

A família, assim como tantos outros institutos, sofreu intensa mudança em seus paradigmas no decorrer do tempo, principalmente em virtude das transformações e adequações ocorridas na história da humanidade. Seu modo de organização e os fundamentos sobre os quais se estruturam nem sempre foram os mesmos.

Anterior à vontade de se formar um grupo político-organizado, a família surgiu devido às necessidades de sobrevivência e de segurança. Este traço é essencial em sua narrativa, vez que, como sociedade natural, a família surgiu antes do Estado. Trata-se, pois, de uma instituição pré-jurídica, contemporânea às mais longínquas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior a outros institutos que com o tempo tornaram-se quase que seus sinônimos, como o casamento civil ou religioso.

Alguns autores defendem sua gênese como produto da própria natureza humana e o desenrolar de sua história, consequência inevitável frente às circunstâncias que se impuseram aos homens desde os primórdios da evolução da espécie. Outros dizem que é um ato de vontade humana.¹

Segundo Friedrich Engels, o início da retrospectiva dessa entidade social remonta a uma época primitiva, na qual predominava a promiscuidade, de modo que toda mulher pertencia a todos os homens e cada homem igualmente a todas as mulheres.²

A respeito deste período histórico e sua evolução, o autor discorre que:

O estudo da história primitiva revela-nos [...] um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e

¹ BITTAR, 1993. p. 25.

² ENGELS, 2000. p. 31.

em que, por conseqüência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É esse estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia. Essas modificações são de tal ordem que o círculo compreendido na união conjugal comum, e que era muito amplo em sua origem, se estreita pouco a pouco, até que, por fim, abrange exclusivamente o casal isolado, que predomina hoje.³

Mais à frente, já durante o período histórico de hegemonia do Império Romano, a família recebeu novos contornos, possuindo estrutura mais tangível e tendo como foco a figura do homem, o *pater familias*, que exercia pleno poder sobre os demais integrantes do núcleo familiar. Era ela responsável pelo sustento da esposa e da prole, bem como por comandar os rituais religiosos que ocorriam no seio do lar. Tal estrutura influenciou sobremaneira o conceito perdurado até os dias de hoje.⁴

Com a decadência de Roma e o advento da Idade Média, a religião católica agregou ao modelo romano uma série de peculiaridades, porém reforçou o protagonismo do homem no contexto familiar, em detrimento da mulher, totalmente submissa, e aos filhos. No entanto, a família perde sua função religiosa, pois a Igreja reivindicou a si o monopólio do sagrado, passando os rituais religiosos a serem realizados em tempos públicos e presididos pelos sacerdotes católicos, com a crença em um único Deus. O Direito Canônico também impôs que a gênese da família perpassasse obrigatoriamente pelo casamento, um sacramento formal, ao invés da antiga concepção romana que dispensava essa instrumentalização.⁵

As invasões dos povos germânicos ao longo da Idade Média também integram o rol de fatores que moldaram o conceito moderno de família. Estes colocavam em prática nos lugares onde dominavam seus costumes primitivos, os quais tinham como origem as instituições germânicas. A família germânica estruturava-se também sobre a figura paterna, o qual exercia o pátrio poder. Todavia, ao contrário do que era visto nas comunidades influenciadas pelo

³ ENGELS, 2000. p. 31.

⁴ SILVA, 2009. p. 03.

⁵ DANTAS, 1991. p. 42-43.

cristianismo da época, a figurava feminina tinha mais destaque e apreço. Enquanto a Igreja Católica via a mulher com desdém, sob a figura de Eva - aquela que por sucumbir à tentação da serpente havia introduzido ao mundo o pecado -, os germânicos não demonizavam o feminino. Contudo, a mulher era vista como mercadoria e desempenhava um papel secundário na sociedade.⁶

Neste diapasão:

Durante a Idade Média, a organização da família passou por três influências poderosas: a do Direito Romano, que continuava a reger os povos dominados, a do Direito Canônico, que se alargava dia a dia, com o prestígio da Igreja, e a do Direito bárbaro, que os povos conquistadores traziam nas suas invasões e que continuava a lhes reger a vida depois de haverem submetido os romanos.⁷

A família romana é tida pelos historiadores como espelho da família brasileira até a segunda metade do século XIX. A postura ortodoxa das elites brasileiras e sua ligação umbilical com a Igreja Católica perpetuavam os costumes que eram contrários à modernização da entidade familiar e o alargamento de seu espectro de cobertura. Assim, até há poucas décadas o conceito jurídico do pátrio poder era indiscutível.

Ainda no início do século XX, a família predominante era fundada exclusivamente no matrimônio, com características patriarcais e hierárquicas, além de forte caráter transpessoal. Essa figura familiar fora herdada, pela elite rural, da já em decadência “casa-grande” do século XVIII e início do século XIX e, pela elite urbana, do “sobrado” do século XIX.⁸

As relações familiares na época do Imperialismo eram tratadas pelo Direito Canônico, passando a ter tratamento constitucional somente após a Proclamação da República, onde, na Constituição de 1891, destacou-se no art. 72, § 4º que a República somente reconheceria o casamento civil, cuja celebração era gratuita.

⁶ DANTAS, 1991. p. 55.

⁷ DANTAS, 1991. p. 57.

⁸ RUZYK, 2005. p. 152.

No mesmo sentido, o Código Civil de 1916 passou a reconhecer a entidade familiar constituída exclusivamente pelo matrimônio civil, proclamando em seu art. 229 que o principal efeito do casamento era a criação da família legítima, ao mesmo tempo em que trazia a distinção entre os filhos nascidos do casamento e fora dele. Os filhos ilegítimos, adulterinos ou incestuosos eram expressamente discriminados no Código Civil de 1916 em seu art. 358.

Essa coletânea de leis regulava a família constituída apenas no matrimônio. Trazia consigo uma estreita e discriminatória visão, limitando o reconhecimento de unidade familiar ao grupo decorrente do casamento, impedindo sua dissolução e distinguindo seus membros. Qualificava de forma pejorativa as pessoas unidas sem casamento e os filhos havidos fora da união legítima, trazendo punições e excluindo direitos.⁹

Ademais, o diploma civil de 1916 desconhecia a família denominada de ilegítima, sendo que as raras menções ao concubinato são com o intuito de salvaguardar a família legítima, e não para reconhecer uma situação de fato. A única alusão feita pelo Código Civil sem total hostilidade à união de pessoas que vivem maritalmente sem serem casadas seja aquela que permite ao filho ilegítimo investigar a paternidade e obter sucesso na demanda, desde que prove que ao mesmo tempo da concepção sua genitora mantinha relações extramatrimoniais com o investigado.¹⁰

Igualmente, na Constituição de 1937 a família era entidade indissolúvel do casamento, conforme preconizava o art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações nas proporções dos seus recursos”. Do mesmo modo, a Constituição de 1946 dispunha em seu art. 163 que “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado (...)”. Também dispunha a Constituição de 1967, em seu art. 167: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos (...)”.

⁹ DIAS, 2011. p. 30 .

¹⁰ ALMEIDA JÚNIOR, 2004. p. 21.

No âmbito infraconstitucional, em 1962 adveio a mais notável atualização legislativa no campo do Direito de Família: o Estatuto da Mulher Casada, objeto da Lei n. 4.121, o qual concedeu plena capacidade civil à mulher casada e a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com fruto de seu trabalho.¹¹

Sobre a referida lei:

[...] que abateu estas muralhas, mantendo no marido a chefia, porém, acrescentando que esta é uma função exercida com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Se o art. 420 do Código Civil declarava que a mulher assume com o casamento os apelos do marido e a condição de sua consorte e companheira, foi o Estatuto da mulher casada que lhe atribuiu o velar pela direção material e moral da família.

Foi ainda a Lei n° 4.241, que, em nova redação do art. 246, deu à mulher casada que exerce profissão fora do lar, autonomia econômica e lhe franqueou constituir reserva patrimonial de livre administração e disposição, a cavaleiro das dívidas contraídas pelo marido.

Foi ainda esta lei que lhe deu o pátrio poder sobre os filhos do leito anterior, ainda quando convola a novas núpcias, e exclui da comunhão os bens reservados que acumule com o fruto de seu trabalho, bem como os frutos civis deste.

Foi esta lei que lhe adveio a participação no pátrio potestas, que exerce em colaboração com o marido.¹²

Na esfera constitucional, a Emenda Constitucional n. 9/77 e a Lei 6.515/77 possibilitaram a extinção do casamento por fatores diversos do adultério e da morte, instituindo o divórcio e permitindo a realização de um segundo casamento.¹³ Anteriormente, só havia a possibilidade do casal desquitar-se, porém este não rompia integralmente o vínculo matrimonial, prestando-se apenas o rompimento dos aquestos comunicados, não possibilitando a contração de novo casamento.

De qualquer modo, a grande mudança vem com o advento da Constituição de 1988, a qual trouxe em seu texto a adoção de um claro polimorfismo familiar em que

¹¹ DIAS, 2009. p. 30.

¹² PEREIRA, 1998. p. 8.

¹³ LISBOA, 2004. p. 38.

arranjos multifacetados estão igualmente aptos a constituir família, merecendo todos eles especial proteção do Estado.

Essa plasticidade conceitual estampada na Carta Cidadã aparece como consequência dos valores disseminados pela cultura pós-moderna em todo o mundo. Essa fase consiste em uma resposta revolucionária aos valores que ensejaram as duas grandes guerras mundiais da primeira metade do século XX, e teve sua demonstração máxima de intolerância no nazismo, fazendo com que a Europa promovesse uma reconstrução física e de valores.¹⁴

As implicações acarretadas pela pós-modernidade atingiram todas as esferas da sociedade, com abrangência no âmbito social, familiar, cultural, deontológico, dentre outros.¹⁵

Sobre o tema, discorre a doutrina mais atual:

Na segunda metade do século passado intensificou-se ainda mais o processo dessas transformações, podendo ser mencionados alguns fatores que contribuíram para tais mudanças: o declínio do patriarcalismo, impulsionado pela revolução feminista; o desenvolvimento do saber científico adicionado ao fenômeno da globalização, e a redistribuição sexual no campo trabalhista, possibilitaram uma significativa alteração na própria concepção de família. A passagem para o novo milênio conduz a valores como o respeito à dignidade humana, à não-discriminação, à orientação sexual, mas transmite como valor mais significativo uma vitória: a família como o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do afeto e, sobretudo, uma célula de formação do indivíduo e elemento que funda o próprio sujeito. Não é mais primordial um núcleo voltado para os interesses exclusivamente econômico e de procriação, onde sempre esteve presente a presumida supremacia masculina.¹⁶

E nesse contexto pós-moderno de grandes transformações de ideários, desenvolveu-se uma nova entidade familiar baseada no afeto e na pluralidade de formas. O *caput* do art. 226 da Constituição preconiza: “A família, base da

¹⁴ BARBOSA, 2009. p. 22.

¹⁵ AGRA, 2010. p. 20.

¹⁶ PEREIRA; DIAS, 2001.

sociedade, tem especial proteção do Estado”, sem fazer delimitação alguma das possíveis formas de arranjo dessa família.

A íntegra do mencionado artigo segue abaixo:

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

§ 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.¹⁷

Da leitura acima, observa-se que os §§ 1º e 2º do artigo supra tratam expressamente sobre a família fundada no casamento, enquanto que os §§ 3º e 4º dedicam-se à união estável, prevendo, inclusive, a facilitação da sua conversão em casamento, e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹⁸

Os tipos de família explicitados na Constituição de 1988 são meramente exemplificativos, uma vez que, com o advento da Carta Magna, houve um alargamento do conceito das relações interpessoais e que levaram a uma verdadeira reconfiguração da família, permitindo que os relacionamentos até então clandestinos

¹⁷ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 out. 2013.

¹⁸ PEREIRA JÚNIOR, 2009. p. 2377.

e marginalizados adquirissem visibilidade. O elemento distintivo da família passa a ser a presença de vínculo afetivo a unir as pessoas com projetos de vida e propósitos comuns, gerando um comprometimento mútuo.¹⁹

Pertinente trazer à baila o pensamento de Gustavo Tepedino:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...]

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.²⁰

A família, neste viés, é encarada com um olhar humanizado, cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de cada um de seus membros. Em relação à família, há que se ter em mente que o seu modelo tradicional, patriarcal e hierarquizado, atravessa hoje uma crise profunda, causada por vários fatores, com destaque para a progressiva emancipação da mulher. Aquele arcaico modelo familiar, com papéis engessados – o homem chefe de família e “provedor”; a mulher submissa e circunscrita à esfera doméstica; os filhos obedientes e sem voz – não é objeto de proteção constitucional. Ao contrário, na verdade, quis o constituinte justamente introduzir modificações e desconstruir velhas concepções, visando a compatibilizar os tradicionais institutos jurídicos com os valores democráticos e igualitários subjacentes à Carta de 88.

De fato, é papel precípua do Estado tutelar toda e qualquer formação familiar, desde que presentes o afeto e a relação estável, duradoura, e ostensiva. O

¹⁹ DIAS, 2011. p. 41.

²⁰ TEPEDINO, 2004, p. 397-398.

legislador constituinte não aponta qual determinado tipo de família é merecedor de proteção constitucional, pois é objeto de tal tutela “a família”, genérica e indiscriminadamente, vez que a referência constitucional é norma de inclusão, e, como tal, não pode preterir qualquer entidade familiar, incluindo-se, assim, a família homoafetiva.

1.2 Casamento

A conceituação de casamento é sujeita a muitas variáveis, não havendo universalidade na sua disciplinação. Fatores sociais e religiosos, épocas e regiões diferentes semearam terrenos férteis a revelar, ao passar da história, as premissas que nortearam sociólogos, religiosos e juristas na tentativa de formular uma definição de família conjugal. Os elementos caracterizadores do casamento diferem nos planos histórico e regional, ora incidindo sobre a forma, ora sobre o conteúdo, sobre a capacidade ou a autonomia de vontade, refletindo por vezes concepções puramente morais ou filosóficas e, em outras, exclusivamente jurídica. Assim, os conceitos guardam elementos como a diversidade de sexo, a formalidade da celebração, a geração de prole e os deveres paternos para com ela, o auxílio mútuo, a natureza do ato constitutivo, o consentimento dos nubentes, a legitimação da satisfação sexual, ou até mesmo elevam o casamento à categoria de instrumento de salvação espiritual.²¹

Historicamente, o casamento tornou-se a mais importante das instituições na sociedade para a formação e sustentáculo das famílias. Seu conceito variou muito com o decorrer dos anos, sempre atualizando-se a fim de refletir com mais fidedignidade o que, na prática, se põe a regulamentar.

Os romanos tiveram grande influência na interpretação das relações matrimoniais. Ao contrário do Direito Canônico, que lhe sucedeu em importância

²¹ JEMOLO, 1954, p. 1-7.

desde a Europa Medieval até recentemente, o Direito Romano via o casamento com um estado fático, não tendo versado sobre sua conceituação jurídica.

A esse respeito, San Tiago Dantas aduz que:

Os romanos nunca conceituaram o casamento, propriamente, como um instituto jurídico. O casamento para eles é, de preferência, um estado de fato que produz conseqüências jurídicas. É um *quid facti*, não é um *quid iuris*; e nisto se assemelha à posse [...] porque, assim como a posse tem um elemento subjetivo e um elemento objetivo, [...] assim também o casamento tem um elemento subjetivo e um elemento objetivo, resultando, do concurso de ambos, a essência do matrimônio. Qual o elemento subjetivo do matrimônio? É aquele que os jurisconsultos romanos, em mais de um passo, denominam de *affectio maritalis*. [...] Em primeiro lugar, ela é representada pelo tratamento de esposa, dado pelo marido à mulher pela associação que ele faz dela à sua condição social, aos seus costumes, ao seu nome, à sua maneira de viver. [...] Em segundo lugar, a *affectio maritalis*, analisada intimamente, é, sobretudo, o desejo de viver com a mulher para sempre, e neste elemento para sempre está a característica principal do *animus* no casamento romano. Se alguém se liga a uma mulher com a intenção de fazer uma união temporária, esta união não é matrimônio, porque lhe falta a *affectio maritalis*.

O outro elemento importante do matrimônio, o elemento objetivo, aquele que se pode chamar, por um paralelismo com a posse, de *corpus* do matrimônio, é a *deductio in domum mariti*, a transferência da mulher para a casa do homem.²²

Com o declínio de Roma e a ascensão do cristianismo, evidenciando-se o papel onipresente da Igreja Católica como difusora da moral e centro maior de poder para o mundo ocidental, as regras do Direito Canônico que regulamentavam o casamento passaram a ser, também, as regras universais dessa instituição. É a partir daí que inicia-se um processo de fusão, até hoje arraigado na sociedade, dos conceitos de casamento e família, pois aquele seria a única forma legítima de gênese dessa.

Para a Igreja Católica, o casamento é um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos de Deus, transformando-se numa só entidade física e espiritual, de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*). Desta forma, é tido como algo divino, visto que sacralizado; indissolúvel,

²² DANTAS, 1991. p. 31-32.

pois não podem os cônjuges interromper o laço matrimonial; bem como único acesso para a constituição de família, vez que não eram reconhecidas outras entidades familiares. Outro ponto sensível é a procriação, finalidade primordial do matrimônio, devendo os cônjuges comprometerem-se entre si a dispor de sua sexualidade um para com o outro.

O Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento.²³

O casamento civil só foi previsto em 24 de janeiro de 1890, quando da separação entre a Igreja e o Estado, com o decreto nº 181, de autoria de Ruy Barbosa, que reconhecia como válido, no Brasil, tão somente a forma civil, devendo esta preceder, inclusive, à cerimônia religiosa, sob pena de prisão e multa.

Com a Constituição da República de 1891, ficou estabelecido que somente o casamento civil seria considerado válido, fazendo com que o casamento religioso fosse apenas um costume de cada crença. O Diploma Civil de 1916 seguiu o raciocínio da carta constitucional que lhe era contemporânea, prestigiando apenas o casamento civil. Porém, seus artigos a respeito do tema eram imbuídos de grande carga sócio religiosa, apontando ser o casamento a única forma de constituição da família legítima e sua natureza indissolúvel. Ou seja, mesmo que o Estado tenha chamado a si o monopólio da celebração do matrimônio, as regras que dispunham sobre o casamento não sofreram alteração. Ainda valia o conceito de casamento como único gerador de núcleo familiar válido, sua indissolubilidade, a submissão da esposa ao marido, etc.

Como já mencionado anteriormente, alterações significativas foram alcançadas com o longo passar do anos, moldando os ditames legais que regulavam o casamento à realidade da época e atendendo às urgências da sociedade. Com destaque, o Estatuto da Mulher Casada e, posteriormente, a Emenda Constitucional do Divórcio. Sem embargo, tais evoluções legislativas causaram comoção nos

²³ WALD, 2006, p. 163

cidadãos brasileiros, pois alteravam substancialmente pilares desse instituto ainda defendidos pela religião, como a indisponibilidade dos cônjuges em romper o vínculo conjugal.

Todavia, foi a Constituição de 1988 que realmente trouxe um novo paradigma. Ao contrário das cartas constitucionais pretéritas, o foco não mais era o casamento, e sim as famílias. A família formada a partir do casamento era apenas um dos exemplos de núcleos familiares reconhecidos pela Constituição, não havendo hierarquia entre si. Na verdade, o foco passou a ser a proteção aos indivíduos integrantes da família, seja ela formada por um casal heterossexual, com filhos e legalmente casados, seja por um casal homossexual vivendo em união estável.

Mesmo recentemente, alterações legais fazem-se imperiosas para adequar o sistema jurídico pátrio à realidade da sociedade em torno do casamento civil. Como exemplo, tem-se a Emenda Constitucional número 66, ou Emenda Constitucional do Divórcio Direto.

A respeito da aludida legislação, expõe Diego Rafael de Oliveira Bobsin:

Está claro que o legislador tentou excluir a separação judicial de vez do nosso ordenamento jurídico. Sem sombra de dúvidas, a intenção da Emenda foi permitir que os casais pudessem se divorciar a qualquer momento, sem precisar esperar o prazo ou outro requisito, como por exemplo, comprovar a culpa pelo fim do casamento.

Obrigar os casais que não se amam mais a aguardar dois anos para ingressar com o divórcio direto, ou mesmo um ano após a separação, não seria justo. De fato, obrigar os casais que já não se amam mais a aguardar dois anos para ingressar com o divórcio direto, ou mesmo um ano após a separação judicial para requerer o divórcio por conversão, é algo inconcebível e algo difícil de compreender.

Nesse sentido, foi realizada essa mudança na Constituição Federal. Hoje, portanto, os casais estão livres para romper o vínculo conjugal a qualquer momento, sem precisar esperar.

Não precisam mais ficar presos, desgastando-se, brigando, discutindo, tudo por um prazo que não tinha finalidade nenhuma.

Da mesma forma, estabelecer o pré-requisito sem o qual não é possível a dissolução do vínculo conjugal é um absurdo tão grande que nos dias de hoje, que até mesmo a jurisprudência e as melhores doutrinas já vinham relativizando as regras vigentes.

Assim, bastava que o amor não estivesse mais presente para que o vínculo pudesse ser dissolvido. Afinal, para que provar a insuportabilidade da vida em comum? Ora, se um dos cônjuges está pedindo a separação, não parecer óbvio que a vida a dois entre o casal se tornou insuportável? Não há sentido algum em levar a vida do casal ao Judiciário, apenas para poder se divorciar, levando assim anos para poder se desfazer da união e seguir a vida que escolheu.

Dessa forma, derogados estão os artigos 1.572, 1.573 e 1.574 do Código Civil, bem como todos aqueles que tratam da separação judicial e não puderem ser aproveitados ao divórcio²⁴.

Assim sendo, não se pode analisar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja concebeu um casamento civil sacramental, de núcleo essencial pautado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Dessa forma:

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos.²⁵

Por fim, vale frisar que a moderna doutrina conceitua o casamento focando em sua finalidade principal, que é o afeto conjugal. Isto é, o sentimento entre duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio, tornando-se cônjuges quanto aos meios e os fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

Os demais objetivos, embora também importantes, são secundários e não essenciais para sua tipificação, como a procriação, a educação dos filhos e a

²⁴ BOBSIN, Diego Rafael de Oliveira. O Divórcio Após a Emenda Constitucional número 66.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12235>. Acesso em 04 out. 2013.

²⁵ CHAVES, 2011, p. 199

satisfação sexual, aliados à atribuição de nome de um dos cônjuges ao outro, e o de ambos aos filhos, bem como a legalização de estados de fato.

1.3 Homossexualidade

A homossexualidade, (do grego antigo homos, igual + latim sexus = sexo), refere-se ao atributo, característica ou qualidade de um ser, humano ou não, que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo

O termo homossexual foi utilizado pela primeira vez em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, que usou a referida nomenclatura em uma carta enviada ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em defesa de homens homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas.²⁶

Muito já se perquiriu, pelos estudiosos das ciências sociais e humanas, sobre a sexualidade e identidade humana e, em especial, a respeito da orientação afetivo-sexual das pessoas, destacando-se, para a presente pesquisa, a questão da homossexualidade.

Desde que Sigmund Freud (1856-1939), com seus Três ensaios sobre a sexualidade, ampliou o campo de compreensão da manifestação erótica, tirando-a do campo da perversão para o do entendimento, ficou claro que o sexo é plural e que, em sua multiplicidade de emergência, iguala a todos. Freud chegou a defender inclusive a bissexualidade constitutiva de todos os homens e mulheres. E é por explicitar essas ideias que surgiu em contrapartida, por exemplo, o dito vitoriano sobre “o amor que não ousa dizer seu nome”. Freud nomeou todas as formas de amor, sem perder tempo em ser judicativo sobre elas.

Esta, de acordo com as interpretações científicas preponderantes acerca da orientação sexual humana, caracteriza-se pelas pessoas que se atraem emocional, sexual e afetivamente por outras do mesmo sexo biológico.²⁷

²⁶ BRANDÃO, 2002, p. 15.

²⁷ SILVA JÚNIOR, 2011. p. 100.

A partir da segunda metade do século passado, começou a surgir uma perspectiva positiva em relação à homossexualidade. A APA (American Psychiatric Association) retirou a homossexualidade do seu "Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais" (DSM) em 1973, depois de rever estudos e provas que não se enquadrar a homossexualidade nos critérios utilizados na categorização das doenças mentais. A Organização Mundial de Saúde (OMS) fez o mesmo em 1993. Psicólogos e sexólogos chegaram à conclusão dominante de que a homossexualidade é uma variante da normalidade.

Com efeito, a homossexualidade não é um crime, não se trata de um pecado, tampouco de uma doença ou de um vício, acompanhando essa orientação sexual a história do homem. Não se sabe ao certo se a origem da homossexualidade é genética, psicológica ou comportamental, ou mesmo uma manifestação causada por uma combinação de fatores. O que se tem como verdade na comunidade científica, entretanto, é que não cabe ao livre arbítrio do indivíduo escolher sua orientação sexual. Ninguém escolhe ser homossexual, assim como também não se escolhe ser heterossexual; simplesmente o é.

Nesse viés:

O indivíduo homossexual não faz opção por ser homossexual. Ele apenas é e não pode, ainda que queira, mudar isso. Ele pode sim, fazer uma opção no sentido de negar esse impulso e tentar viver como heterossexual. Mas isso tem um impacto negativo para o pleno desenvolvimento emocional do indivíduo. Trata-se de uma situação muito mais comum do que se imagina. O impulso sexual que um heterossexual tem por sua parceira é o mesmo que um homossexual tem por seu parceiro do mesmo sexo. O que muda é o objeto.²⁸

E também:

Com efeito, nenhuma pessoa escolhe ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Não há escolha, mesmo porque, se opção houvesse, certamente as pessoas optariam pela orientação sexual mais fácil de ser vivida, qual seja aquela que não sofre

²⁸ SOUZA, Claudécya de. **Homossexualidade**. Disponível em: <http://pailegal.net/psisex.asp>. Acesso em 04 out. 2013.

com o preconceito social: a heterossexual. Em suma: sexualidade não se escolhe, se descobre.²⁹

A homossexualidade não é uma realidade contemporânea; ela se encontra presente desde a época das civilizações antigas, tendo aceitabilidade como evolução da sexualidade e da virilidade. É notável o exemplo grego, bem como o romano. Nessas sociedades, a homossexualidade masculina era vista como porta de entrada à vida adulta aos homens jovens.

Porém, na transição para a Idade Média, a homossexualidade começou a ser reprimida. O Imperador Constantino se converteu ao Cristianismo, fazendo com que todo o Império Romano seguisse sua religião, iniciando assim uma perseguição aos homossexuais, sendo esse um período de intolerância devido à imposição da fé. Tal segregação se alicerçou basicamente no binômio infertilidade das relações homoafetivas e sacralização da família matrimonializada, uma vez que a indissolubilidade do casamento tornou-se um dogma da religião católica.

Com a conversão de Constantino, o paganismo foi se fundindo à religião do imperador, e assim a homossexualidade foi colocada totalmente fora da lei e, às vezes, brutalmente punida. Mesmo assim, não obtiveram o efeito desejado de coibir um hábito cultivado a séculos. Eram frequentes ainda os xingamentos usados pelos cidadãos romanos, como *paedicado* (sexo anal) e *irrumabote* (felação). No ano 342 foi introduzida a pena de morte na fogueira para o comportamento homossexual passivo.³⁰

Neste período, inicia-se a marginalização da homossexualidade, que passa a ser considerada uma prática pecaminosa.

A Europa, do século IV até o Renascimento, testemunhou desumana perseguição aos homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos propósitos divinos e corresponsáveis pelos males ocorridos no mundo, resultado da fúria de Deus, como a todos os sodomitas em geral. De fato percebe-se que desde o advento do cristianismo, os homossexuais convivem com a intolerância. O papel da religião foi a de aquiescer as relações heterossexuais dentro do

²⁹ VECCHIATTI, 2008, p. 106.

³⁰ RODRIGUES, 2004, p. 39.

matrimônio, qualificando a contracepção, o amor livre e a homossexualidade como comportamentos moralmente inaceitáveis, que desvirtua o importante sentido da sexualidade.³¹

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, no seu voto em sede de julgamento ocorrido no ano de 2011, o qual reconheceu o status de núcleo familiar da família formada por casais do mesmo sexo, fez pertinentes colocações acerca da homossexualidade:

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos amici curiae, é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte* própria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença.

A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos

³¹ CHILETTO, 2007.

casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.³²

Mesmo com a separação entre a Igreja e o Estado, na Idade Moderna, a repressão contra a homossexualidade se mostrou cada vez mais crescente, baseada no Cristianismo enraizado no Judaísmo. Os estados modernos possuíam legislação que considerava crime a prática homossexual, fazendo com que o preconceito de origem religiosa ganhasse contornos estatais.

Somente na segunda metade do século XX, com a valorização da dignidade da pessoa humana, os homossexuais tem reconhecidos, aos poucos, o direito à liberdade e à igualdade, conquistando o respeito de sua identidade.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de maio de 2011. p. 08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2013

2 CASAMENTO CIVIL IGUALITÁRIO – IMPERATIVO DECORRENTE DE PRINCÍPIOS QUE REGEM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal brasileira de 1988, em especial sua estrutura normativa e principiológica, será o objeto de estudo deste capítulo. Com efeito, todo o raciocínio desenvolvido subsequente é fruto da correta interpretação das intenções do legislador constituinte e da significância dos direitos fundamentais, correlacionados com o instituto do casamento e a possibilidade de pares do mesmo sexo contraírem núpcias.

2.1 Normas, Regras e Princípios

O texto constitucional contém normas que se dividem, basicamente, em regras e princípios, diferentes em seu conteúdo, sua natureza jurídica, sua abrangência e eficácia.

As *regras*, definidas por Hart como normas de incidência “tudo ou nada”³³ – ou seja, normas que ou são, ou não são, válidas por inteiro – podem ser assim descritas:

(...) em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa. (...) Se, ao contrário, aqueles mesmo fatos constituírem hipótese de incidência de outras regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também integralmente e com exclusividade.³⁴

³³ *All or nothing rules* (HART, H.L.A., **The concept of Law**. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 259)

³⁴ MENDES, 2007, p. 24.

Muito ao contrário, os *princípios* são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus³⁵ e que se prestam a conferir coerência a um sistema jurídico,³⁶ auxiliando os julgadores quando estiverem diante de um conflito aparente de normas. Luis Virgílio Afonso da Silva anota que “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”.³⁷

A distinção de Canotilho entre regras e princípios segundo alguns critérios, por fim, é oportuna:

- a) Grau de abstração: os princípios jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras de direito;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (e.g. do legislador ou do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (e.g. os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (e.e. o princípio do Estado de Direito);
- d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são Standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante³⁸

Dáí a concluir que os princípios fundamentais “constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem

³⁵ ALEXY, 2001, p. 86.

³⁶ DWORKIN, 2010, p. 24.

³⁷ SILVA, 2003, p. 612.

³⁸ CANOTILHO, 2003, p. 1035.

ser direta ou indiretamente reconduzidas”.³⁹ A função e a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionar como critério de interpretação e integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”.⁴⁰

2.2 Aplicabilidade e Operacionalização dos Princípios Constitucionais

É nessa perspectiva que devem ser analisados os princípios dentro da Constituição Federal; José Afonso da Silva atenta para o fato de que *princípios*, inclusive como constante do Título I do texto constitucional, exprimem a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.⁴¹ Ademais, os princípios e direitos fundamentais devem ser interpretados “não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade e da totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e **concretizar**” (grifou-se).⁴²

O Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Sobre o tema:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; Vital Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 66. *Apud* SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1983, p. 199. *Apud* SILVA, José Afonso da, 2007, p. 96.

⁴¹ SILVA, 2007, p. 91.

⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang, 2007, p. 171.

públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...] ⁴³

Ressalte-se ainda o disposto no §1º do art. 5º, da CF/88⁴⁴, constituindo o princípio da aplicabilidade e eficácia imediata dos direitos fundamentais, que “diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte uma qualidade comum e distintiva”.⁴⁵

A conjuntura jurídica em que estamos inseridos, por conseguinte, é valorizadora dos princípios e direitos fundamentais, como integrantes do topo da pirâmide normativa. Dessas normas, decorre a interpretação das demais. Quando tal interpretação não for consensual perante a jurisprudência, cabem às cortes constitucionais declarar o “espírito” da lei, indicando sob qual viés, por exemplo, determinada regra deve ser entendida. Ou seja, é papel último da corte constitucional ligar os princípios imbuídos na constituição ao caso concreto, garantindo sua efetiva aplicação.

Nesse processo de aplicação dos Princípios Constitucionais, o Judiciário, por muitas vezes, acaba por exercer em completude uma de suas facetas mais intrigantes: o de poder contramajoritário. A democracia não pode ser compreendida meramente como o somatório das vontades dos indivíduos pertencentes a uma coletividade, ou seja, em uma concepção *numérico-estatística*, como leciona Dworkin. É nesse aspecto, objetivando a construção de um novo sentido para o princípio democrático, que os dispositivos contramajoritários assumem relevância, pois garantem que não sejam violados, por meio de uma decisão majoritária, “aqueles direitos que são ditos do homem”.⁴⁶

⁴³ SARLET, 2009, p. 148-149.

⁴⁴ Art. 5. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁵ SARLET, 2009, p. 87.

⁴⁶ DWORKIN, 1990, pp. 324-346.

Nesse sistema de freios e contrapesos, evita-se que o Estado haja somente em prol da maioria, salvaguardando os direitos de grupos minoritários e historicamente de baixa representação política – caso da comunidade homossexual.

Deve sempre haver um confronto sistemático dos vários dispositivos que compõe o ordenamento jurídico; uma interpretação harmônica e dinâmica das normas, em consonância com a CF/1988 e com a legislação infraconstitucional, para que, da análise conjunta de todos eles, possa ser extraída a norma de direito aplicável no caso concreto. O aplicador do Direito não pode, cegamente, pinçar extratos legais e aplicá-los de maneira isolada, não os contextualizando com o sistema jurídico, especialmente os ditames constitucionais.

Cabe ao intérprete delinear as dimensões de incidência dos princípios e das regras. Neste sentido, o intérprete se utilizará da hermenêutica para subsidiar a interpretação dos princípios. Ocorre, portanto, um mutualismo entre a ciência jurídica da hermenêutica e o seu método interpretativo. Urge destacar a relação entre ambos os institutos:

A hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos. A hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas. A hermenêutica ilumina o caminho a ser percorrido pelo intérprete e isso demonstra a sua importância para o Direito, pois cumpre a ela teorizar os princípios de interpretação jurídica. Assim, podemos dizer que, apesar de inconfundíveis, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, na medida em que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária. No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação são dois lados de uma mesma moeda.⁴⁷

Vale dizer que a interpretação constitucional, nos seus primórdios, era somente a mera subsunção do fato à lei, era uma interpretação voltada para o lado técnico, do que para o filosófico.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 194.

No mesmo sentido:

A Constituição, considerada assim lei ou tomada na sua acepção jurídica, predispunha, pois, os juristas a interpretá-la como qualquer outra lei, sendo esse estado de ânimo bastante expressivo da profunda e limitada confiança depositada na obra racional dos constituintes e nos fundamentos sobre os quais repousava a sociedade [...] Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do Estado de Direito do século XIX, por onde veio a resultar em um direito constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico que ideológico, mais científico que filosófico.⁴⁸

Não cabe aqui discorrer, com minúcias, sobre os diversos tipos de interpretação constitucional, haja vista que não pertence ao enfoque da presente pesquisa, mas sim salientar, grosso modo, a respeito da influência da interpretação para a aplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade à homossexualidade.

A citação suso aludida diz respeito à interpretação clássica do texto constitucional, na medida em que o intérprete não se preocupava com questões ligadas ao aspecto material da norma, somente utilizando o binômio “fato-lei”, fazendo com que a Constituição não primasse por ser uma norma suprema, mas sim a tornando uma lei infraconstitucional.

Neste sentido, convém destacar, atualmente, qual o valor da interpretação constitucional:

O objetivo da interpretação pode só limitadamente estar na averiguação de uma ‘vontade’ objetiva ou subjetiva determinada na Constituição. Prescindindo totalmente da dubiedade desta tese – ela assenta, ao fim e ao cabo, sobre o dogma da vontade no direito, formado na ciência das Pandectas do século XIX e assumido pela Ciência do Direito Estatal daquele tempo, que sozinho não mais possibilita uma compreensão apropriada da Constituição moderna – um tal ponto de partida significa nada mais que um encobrimento da situação de fato real. Porque em casos, para cuja resolução à Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram

⁴⁸ BONAVIDES, 1996, p. 423.

pontos de apoio, mais ou menos numerosos incompletos, para decisão.⁴⁹

A interpretação constitucional tem que ser entendida como concretização, ou seja, é necessário ao intérprete se valer de uma pré-compreensão sendo que, após, realiza-se a confrontação entre o problema e a norma a fim de determinar o seu conteúdo.

Vale mencionar que o critério de interpretação deve ser realizado, inicialmente, pelos princípios constitucionais, já que são considerados a ideologia do arcabouço constitucional, onde a importância e a força dos princípios devem ser entendidos num duplo aspecto, quais sejam, para a sua aplicação e para a sua eficácia interpretativa.

Em vista disso, a dignidade da pessoa humana, juntamente com os princípios da igualdade e da liberdade, deve ser utilizada como método eficaz, já que representa a ideologia estampada da Constituição, fazendo com que haja a sua utilização visando dar eficácia aos mandamentos Constitucionais.

2.3 Constitucionalização do Direito Civil e a Possibilidade do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo

A constitucionalização do Direito Civil submete o direito positivo à observância dos fundamentos de validade, dos princípios e disposições estabelecidos pela Constituição. Paulo Lôbo salienta que a constitucionalização “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.⁵⁰

No século XIX, as codificações civis possuíam forte apelo individualista e baseavam-se no voluntarismo. Como exemplo máximo, tem-se o Código Napoleão

⁴⁹ HESSE, 1998, p. 57.

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>>. Acesso em 08 out. 2013

(1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Da leitura desses diplomas, era nítida a distinção entre Direito Privado e Direito Público. Na esfera do Direito Privado, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade. Já no Direito Público, há a figura do cidadãos em face do Estado, e seu cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas normas de ordem pública - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas dessa classe, prevendo direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização* do direito privado, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da publicização veio a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco transmudou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos à institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Analisando a repersonalização do Direito de Família sob outra ótica, Jorge Medeiros explica que “a compreensão da constitucionalização do Direito Civil passa pelo entendimento da reconstrução dos significados da dicotomia público e privado dentro dos paradigmas de Estado construídos ao longo da experiência

constitucionalista”. São três os paradigmas constitucionais: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, os entendimentos desenvolvidos na seara do direito civil e do direito de família nos contextos desses três paradigmas permitem desenvolver uma “abordagem cidadã, contemporânea e constitucionalmente adequada para o tratamento jurídico dispensado a relações afetivas e projetos de compartilhamento de vida entre pessoas do mesmo sexo”.⁵¹

Ainda sobre a superação da dicotomia Direito Público e Direito Privado, não mais se verifica a demarcação de espaços jurídicos nem a separação de princípios e regras de forma absoluta. Essa mudança de cenário é decorrente dos novos valores que, aos poucos, foram sendo incorporados ao contexto sócio-jurídico e, com isso, as Constituições passaram a açambarcar os temas há muito tidos como privados, inaugurando-se, assim, a privatização do direito público e a propagação de “um direito positivo principiológico”. Assim, a tutela jurídica de direitos – partindo do valor da dignidade da pessoa humana e apoiada à concepção de um direito civil constitucional – relaciona-se com a percepção de que, na atual ordem do sistema jurídico, supera-se a divisão absoluta entre direito público e direito privado.

O Direito Civil atual é fruto da adequação da interpretação jurídica ao paradigma do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República, paradigma esse que concede importante dimensão aos princípios constitucionais dentro do ordenamento e na sua relação com os diversos ramos do Direito, superando, dessa forma, leituras tradicionalistas que defendiam a ideia de desnecessidade de adequação do ramo civilista aos princípios presentes na Constituição.⁵²

Como bem enuncia Barroso:

A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção – ambiente privilegiado – para o

⁵¹ MEDEIROS, 2008, p. 36.

⁵² MEDEIROS, 2008, p. 40.

desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição.⁵³

Tratando especificamente da mudança de paradigma pelo qual passou o Direito de Família, discorre Maria Berenice Dias:

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.⁵⁴

A constitucionalização do Direito Civil consiste, então, na interpretação da lei civil conforme a Constituição Federal, e não o reverso, vale dizer, a interpretação da Constituição segundo o Código Civil, como ocorria e ainda ocorre com frequência.

Por conseguinte:

Em virtude da constitucionalização do direito civil, observar-se-á que houve superação de tentativas hermenêuticas “ao revés”, cujo intuito era o de compreender a Carta Magna e seus princípios a partir de normas existentes nos diplomas infraconstitucionais, como o Código Civil. A Lei Maior deve nortear todo o sistema jurídico, e não o contrário. Assim, em respeito, *inter alia*, aos princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade, os vínculos homoafetivos merecem ser tutelados tal e qual as relações heterossexuais, em grau de paridade (...). O meio jurídico deve, além de respeitar as normas constitucionais, atender a uma visão mais abrangente da realidade, analisando e discutindo os vários aspectos que emergem dos relacionamentos afetivos, incluindo-se os homoafetivos.⁵⁵

O principal argumento utilizado pelos operadores do direito que se opõem ao casamento entre duas pessoas do mesmo sexo é a alegação de que é necessária a aprovação de uma lei específica que venha a regular o casamento e a união estável de homossexuais. O raciocínio parte da seguinte premissa: o Código Civil, ao

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Bahia: CAJ. n.16, maio de 2007.

⁵⁴ Dias, 2007, Juruá.

⁵⁵ CHAVES, 2011, p. 41.

abordar o casamento, traz, expressamente, como partícipes dessas instituições o homem e a mulher, silenciando-se sobre possibilidade diversa. Tal omissão seria intencional, visando justamente afastar a possibilidade de um arranjo entre pessoas do mesmo sexo. Estaríamos diante de uma lacuna “voluntária ou consciente”.⁵⁶

Esse pensamento, por muito tempo, motivou doutrinadores a classificarem como inexistente o casamento entre pares homoafetivos. Os partidários da teoria da inexistência do casamento homoafetivo reputam-no inexistente, alicerçando-se, em geral, na cultura e na tradição jurídica nacionais, não sendo relevados argumentos com respaldo constitucional ou mesmo na legislação ordinária. Quando muito, sustentam tais juristas, que a interpretação dada aos artigos do Código Civil atinentes ao casamento é no sentido de se imputar tal instituto ao “homem” e à “mulher”, por tais termos, por vezes, virem expressos naqueles dispositivos. Em que pesem esses posicionamentos, observa-se que a teoria do casamento inexistente em função da homogeneidade de sexos não apresenta respaldo legal ou constitucional, mas sustenta-se, tão só, na cultura e tradição das sociedades ocidentais e na tautologia doutrinária e jurisprudencial que se reproduz ao longo dos tempos por justamente se refletir nestes mesmos elementos sociais. Mantém-se um discurso circular acerca da vedação ao casamento homossexual, ao afirmar-se ser impossível sua aceitação pela literatura jurídica e pela jurisprudência pelo simples fato de essas mesmas fontes do direito assim o entenderem. Deste modo, adotam a diversidade de sexos como verdade absoluta, restando impossível obtemperar contra tal assertiva, bem como impermeável sua discussão.

As teses contrárias à abertura do instituto do casamento aos pares homoafetivos se fundamentam em questões inermes e facilmente rechaçadas. Motivam-se na ausência de lei expressa permissiva, o que pode – e deve – ser facilmente resolvido mediante a utilização de interpretação extensiva ou analogia, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), haja vista que o ordenamento veda o *non liquet*.

⁵⁶ NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 43/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis.

Bem na verdade, a expressão “o homem e a mulher” não possui o condão de impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois os impedimentos matrimoniais são as proibições expressamente elencadas no art. 1.521 do Código Civil, das quais não faz parte a homogeneidade de sexos. Acresça-se que a diversidade de sexos como pressuposto do casamento só teria razão de ser se, igualmente, a capacidade procriativa do casal fosse requisito para o casamento, o que não faz sentido. A referência a homem e mulher indica apenas a regulamentação do fato heteroafetivo, sem que isso se traduza em proibição do fato homoafetivo para a mesma finalidade, que deveria ser regulado por meio da analogia ou interpretação extensiva

É interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, já superado, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

Oportuno trazer à baila a digressão de Daniel Sarmento:

Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual ‘para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.’

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apega exclusivamente na literalidade do texto, não procede.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-

lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente ‘Dos Princípios Fundamentais’. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, ‘a contrario sensu’, o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contrassenso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a ‘inclusão’, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.⁵⁷

O julgador não pode se omitir em julgar, com a justificativa de inexistência de lei. No momento em que se existem lacunas na lei, o juiz tem ferramentas outras como a analogia, os princípios e os costumes, que podem ser utilizados em favor de quem requer seus direitos. A interpretação deve ser progressiva, justa e democrática, com o objetivo de que se adeque às mudanças sociais. Sendo omissa, o magistrado agride direitos fundamentais pertencentes aos cidadãos que só querem resolver suas lides e terem seus direitos garantidos.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**, “in” “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris.

Como bem pontua Maria Berenice Dias:

A omissão do legislador leva ao surgimento de um ciclo vicioso. Diante da inexistência da lei, a justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há uma regra jurídica, negam-se direitos. Confundem-se carência legislativa com inexistência de direito. O juiz não pode excluir direitos alegando ausência de lei. Olvida-se que a própria lei reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não o autoriza a ser omissor.⁵⁸

O juiz desrespeita a lei e deixa de cumprir com seu dever toda vez que nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei. Não se pode confundir com ativismo judicial – apenas operacionaliza-se uma determinação já existente, por analogia e interpretação extensiva e teleológica. Parte-se da premissa que o sistema é completo. Não há, nem no texto constitucional, nem no Código Civil, proibição expressa ao casamento homoafetivo. À luz dos Princípios Constitucionais, que serão detalhados a seguir, é impossível inferir que a Constituição excluiu, tacitamente, a possibilidade do casamento civil igualitário, pois seu arcabouço axiológico é altamente antidiscriminatório e inclusivo.

Se o legislador não aclarou, por meio de regulamentação infraconstitucional, a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, cabe ao Judiciário, por meio de analogia e interpretação extensiva, garantir aos pares homoafetivos os mesmos direitos consignados aos casais heterossexuais.

Clama-se, dessarte, pela aplicação extensiva do art. 1.514 do CC/2002 ao casamento homoafetivo ou, entendendo-se não existirem situações idênticas (um par com dualidade de sexos e outro com paridade de sexos), deve ser aplicada a analogia àquele dispositivo, pois os fatos são idênticos na sua essência, vez que o elemento que permeia ambas as uniões (homo e hetero) é o mesmo: o afeto.

⁵⁸ DIAS, 2007, p. 186-187.

2.4 Princípio da Dignidade Humana

O postulado da dignidade da pessoa humana é o princípio fundante da República e, por isso, essencial a todos os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, ostentando caráter absoluto e não se submetendo a qualquer tipo de relativização.⁵⁹

A dignidade da pessoa humana traz a ideia do indivíduo que amolda a si e a sua vida de acordo com seu próprio projeto espiritual. Como base da República, diante das experiências históricas de aniquilação do ser humano, tais como a inquisição, a escravatura, o nazismo, o stalinismo, o polpotismo e os genocídios étnicos, significa o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político do Estado, devendo este servir aquele.⁶⁰

Além disso, referido princípio não representa apenas um limite à atuação do Estado, já que este não tem apenas o dever de deixar de praticar atos que atentem contra a dignidade do ser humano, mas também deve por meio de condutas ativas promover essa dignidade, garantindo o mínimo existencial para cada indivíduo em seu território.⁶¹

Assim,

Não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio do preceito constitucional que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos os direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem.⁶²

Fazendo um elo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual homossexual, sustenta essa corrente que o respeito aos traços

⁵⁹ RAGAZZI; GARCIA, 2011. p. 179.

⁶⁰ CANOTILHO, 2003. p. 225.

⁶¹ DIAS, 2011. p. 63.

⁶² PEREIRA, 2005. p. 98.

constitutivos fundamentais da individualidade de cada pessoa, independentemente de orientação sexual, é juridicamente tutelado em virtude do disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.⁶³

Afirmam os partidários desse entendimento, também, que todos os homossexuais que assumem sua orientação sexual e se unem com a intenção de constituir uma verdadeira família não fazem nada mais que reconhecer a si próprios toda a extensão e sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, até porque:

O simples reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e da suprema força jurídica atribuída a este princípio pela atual Constituição Federal, é suficiente para estender às uniões homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões heteroafetivas, sem exceções.⁶⁴

Ressaltam, ainda, que ventilar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a uma pessoa em razão de sua orientação sexual seria dar um tratamento indigno ao ser humano, já que não se pode ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua individualidade, incluindo-se, nesta, a sua sexualidade, como se não tivesse relação alguma com a dignidade humana.⁶⁵

Desta forma, assentam que:

O respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preceitos legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e espezinhamento dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático do Direito.⁶⁶

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que o caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são

⁶³ RIOS, 2001. p. 91.

⁶⁴ RAGAZZI; GARCIA, 2011. p. 182.

⁶⁵ RIOS, 2001. p. 92.

⁶⁶ RIOS, 2001. p. 95.

dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

2.5 Princípio da Igualdade

A igualdade no ordenamento jurídico brasileiro abriga as concepções formal e material do princípio da isonomia, claramente expressas pela garantia da igualdade perante a lei e da igualdade na formulação da lei.⁶⁷

Sobre a igualdade formal, José Joaquim Gomes Canotilho assevera:

A afirmação - <<todos os cidadãos são iguais perante a lei>> - significa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: <<as leis devem ser executadas sem olhar para as pessoas>>. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e [...] assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais [...].⁶⁸

Aplicando o princípio da igualdade em sua concepção formal sobre a esfera da sexualidade, os juristas entendem que a aplicação do princípio retro significa a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual, seja ela homossexual ou heterossexual, já que a igualdade formal exige que seja reconhecida em todos a qualidade de sujeito de direito, independentemente da orientação sexual do indivíduo.⁶⁹

E, a respeito da igualdade material, Canotilho prossegue:

Ser igual perante a lei não significa apenas a aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da

⁶⁷ RIOS, 2002. p. 59

⁶⁸ CANOTILHO, 2003. p. 426.

⁶⁹ RIOS, 2001. p. 70.

igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o a criação de um direito igual para todos os cidadãos.⁷⁰

Essa igualdade material exige a isonomia de tratamento pelo direito vigente em casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em caso de hipóteses distintas. É necessário, portanto, que sejam identificadas as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo e, assim, considerá-lo relevante ou não para fins de equiparação ou diferenciação.⁷¹

Nesse prisma, os adeptos do enquadramento da união homoafetiva como entidade familiar afirmam que a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceito e juízos mal fundados acerca da homossexualidade. Assim, em caso de indagação sobre a possibilidade de equiparação ou diferenciação em função da orientação sexual, é imperiosa a aplicação de igualdade de tratamento, salvo se fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, já que o preconceito não serve mais como fundamento de práticas discriminatórias.⁷²

2.6 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade se reflete em todos os direitos fundamentais de primeira geração, pois constitui o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição. Sob seu manto erguem-se os direitos civis, individuais e políticos, que representam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais, para permitir que os cidadãos sejam de fato livres, competindo-lhe apenas a tarefa de ser o guardião do exercício dessas liberdades. Não há como dissociar o direito de liberdade da dignidade da pessoa humana, vez que – como visto no pensamento kantiano – a racionalidade do homem lhe atribui a autonomia da vontade, que, por sua vez, é a sua própria liberdade. Dessa maneira, a

⁷⁰ CANOTILHO, 2003. p. 426.

⁷¹ RIOS, 2002. p. 48-49.

⁷² RIOS, 2001. p. 79-80.

autodeterminação da conduta do indivíduo só é possível na medida em que se assegure ao homem, como aspecto da sua dignidade, o exercício pleno da liberdade.

Nesse esteio:

[...] tornar possível que os indivíduos atuem licitamente na busca da satisfação de suas necessidades. Muito além da mera não opressão, liberdade remete autonomia, vale dizer, à faculdade de o homem indicar a si mesmo os caminhos a serem seguidos.

Naturalmente, as necessidades humanas são variadas, e, a cada uma delas, corresponde uma esfera jurídica de proteção. Isso indica que, se algumas necessidades encontram sua correspondente liberdade tratada no nível constitucional pelos incisos deste artigo 5º ou por vários outros preceitos constitucionais (liberdade religiosa, liberdade física, liberdade de expressão etc.), aquelas liberdades não mencionadas expressamente encontram guarida na referência do caput à liberdade como um gênero.⁷³

Desta maneira, afirmam que o indivíduo pode desenvolver suas atividades dentro dos parâmetros exigidos pelo ordenamento jurídicos e afastar os eventuais impedimentos sem motivo legítimo a justificar o óbice à sua livre ação, devendo-se, por conseguinte, respeitar a possibilidade das pessoas livremente desenvolverem sua sexualidade, em harmonia com as características próprias de sua personalidade, já que as pessoas possuem a liberdade de expressar sua sexualidade, sua afetividade e sua formação familiar de acordo com sua orientação sexual.⁷⁴

Sob esse prisma,

[...] tem-se que o direito fundamental à liberdade de consciência assume um peso fundamental na questão relativa aos casais homoafetivos. Consiste ele no direito à autonomia moral do indivíduo, oriunda da citada liberdade jurídica, garantindo o direito de viver a própria vida da forma como a própria pessoa se entende, no sentido de agir em conformidade com o seu íntimo, vivendo de forma que entende necessária e/ou correta, [...]⁷⁵

⁷³ MELO, 2009. p. 82.

⁷⁴ MATOS, 2004. p. 177.

⁷⁵ VECCHIATTI, 2011. p. 208.

Assim, asseveram que todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, e o tipo de entidade que deseja constituir como família, sendo assegurado, em face do primado da liberdade, a constituição de uma relação conjugal, uma relação estável hetero ou homossexual.⁷⁶

2.7 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade representa um critério de aferição da constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como um critério de orientação dos julgadores. Assim, a razoabilidade orienta e põe limites às condutas do legislador na criação das leis, do administrador na gestão da coisa pública, e do julgador na solução dos conflitos de interesses; condenando qualquer arbitrariedade, e determinando-lhes que ajam em nome do Estado de forma moderada, racional, justa e impessoal. Por outro lado, se qualquer ato se apresentar irracional, arbitrário, ou maculado de sentimento pessoal em dissonância com a ordem constitucional, o princípio da razoabilidade se impõe contra os mesmos em prol de se resguardar os mandamentos da Lei Maior

Diante disso, ao considerar que a Constituição Federal ergueu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da ordem jurídica e realçou os direitos de liberdade, igualdade e respeito à diversidade, não se afigura razoável qualquer tentativa de restrição ou negativa de direito às pessoas em função de sua orientação sexual.⁷⁷

⁷⁶ DIAS, 2011. p. 64.

⁷⁷ DIAS, 2011. p. 188-189.

3 RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.1 O caso brasileiro – ADI 4277 e ADPF 132

O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito das Famílias. Um julgamento tão público em uma seara tão privada da pessoa humana, que é a que condiz com a sua intimidade e os seus relacionamentos afetivo-sexuais. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

A ADI 4277 foi proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR) e buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu também que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo de Estado do Rio de Janeiro (RJ) elegeu que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia de vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1723, do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Em breve síntese do julgado, o ministro relator Ayres Britto julgou procedentes ambas as ações, votando no sentido de dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal, de modo a excluir qualquer significado que obste o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo

como entidade familiar. O ministro argumentou que a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual, pois “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, de sorte que qualquer depreciação da união estável homoafetiva afronta a Carta Magna, seja a “discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles”.⁷⁸

Todos os demais ministros votaram pela procedência da ADPF 132 e da ADI 4.277, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e atribuindo-lhe os mesmos direitos e deveres concernentes à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil de 2002.

A seguir, a ementa do acórdão:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES.** A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. **LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário,

⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adi4277.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

não se presta como fator de desigualação jurídica. **Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal**, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. **Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”**. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade**. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. **RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA**. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa**. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família**. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. **Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil**. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. **Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas**. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO

CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. **Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.** Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. **INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as

mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (grifou-se).⁷⁹

Cabe aclarar que não foi abordada pelos ministros a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Porém, só da leitura da ementa do julgado, constata-se o óbvio: o acesso ao casamento civil igualitário é direito constitucional garantido aos casais homossexuais.

Utilizando-se do vasto arcabouço argumentativo presente nos votos dos integrantes da corte constitucional brasileira, diversos juízes começaram a aprovar a habilitação de pares homoafetivos ao casamento direto, bem como a conversão de suas uniões estáveis em casamento. Um dos mais importantes precedentes neste sentido veio do Superior Tribunal Justiça, em sede de Recurso Especial Nº 1.183.378 – RS. O STJ, em voto de lavra do ministro Luis Felipe Salomão, deu provimento ao recurso de duas mulheres que pleiteavam a habilitação para o casamento, reformando, assim, o acórdão do tribunal gaúcho que havia confirmando a sentença negativa ao pedido do casal.

A ementa do *decisum*:

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 PRINCÍPIOLÓGICA 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, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ 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.

⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Acórdão do julgado. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adi4277.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

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 do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito polimorfismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea

com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário 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 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.⁸⁰

3.1.1 ADI 4966

Com efeito, várias decisões deferindo a habilitação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo foram proferidas em diversos juízos de primeiro grau.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.183.378 – RS. Quarta Turma. Ementa e Acórdão do julgado. Brasília, 1º de fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/STJ%20Resp%20casamento%20homoafetivo%20acordao%202012.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

Alguns tribunais estaduais, a fim de evitar a judicialização desnecessária, baixaram provimentos, por meio de suas corregedorias, instruindo as serventias extrajudiciais a procederem com a habilitação ao casamento de pares homossexuais, sendo desnecessária a consulta ao juiz competente acerca da viabilidade do pedido.

Todavia, gerou-se agora um outro conflito: em algumas unidades da federação o casamento homoafetivo era direto; em outras, a via judicial ainda era necessária, com decisões conflitantes muito ocorrentes.

Para pacificar a questão em âmbito nacional, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013, a qual garantiu, em âmbito nacional, a habilitação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo sem nenhum tipo de embaraço ou procedimento especial.

Abaixo, segue o teor do ato:

"RESOLUÇÃO N° 175, DE 1-1 DE A1AIO DE 2013

Dispõe sobre a habilitação celebração de casamento civil. ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais.

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 000262665.2013.2.00.0000 na 169^o Sessão Ordinária, realizada em 1-1 de maio de 2013:

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo:

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.3 78/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B. da Constituição Federal de 1988:

RESOLVE:

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. "

Claro que a instituição, na prática, do casamento civil igualitário no Brasil não iria passar despercebida pelos setores mais conservadores da sociedade. Neste sentido, o Partido Social Cristão – PSC ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4966), requerendo a declaração da inconstitucionalidade da resolução do CNJ.

Segundo o autor da referida ação, o CNJ usurpou a competência legislativa e afrontou o princípio da separação dos Poderes ao endereçar matéria pendente de análise pelo Congresso Nacional.

Em suas informações, o CNJ, representado por seu presidente, o Min. Joaquim Barbosa, reafirma a legalidade do ato impugnado, aduzindo ter o CNJ competência prevista na Constituição Federal para uniformizar as práticas administrativas das diversas instâncias do Judiciário. Nesse diapasão, e ao mesmo tempo reconhecendo a importância da matéria, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da União já se manifestaram nos autos do processo que tramita sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ambas pugnando pelo não provimento do pedido e a manutenção da resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Fato é que em breve a corte constitucional brasileira irá dar um passo adiante – esperado por muitos e tido como desdobramento inevitável do julgamento que reconheceu o status de família às uniões homoafetivas há dois anos – e pronunciará seu posicionamento sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dado o retrospecto jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, muito provável que a decisão consagre o casamento civil igualitário como direito decorrente dos princípios que norteiam a carta constitucional do Brasil.

3.2 O caso norte-americano – Hollingsworth v. Perry e U.S. v. Windsor (Proposition 8 e DOMA rulings)

Os Estados Unidos da América constituem ambiente fecundo aos embates pertinentes a Direitos Humanos. Em situações importantes, a Suprema Corte Americana foi decisiva ao uniformizar e garantir o tratamento igualitário a cidadãos socialmente marginalizados, como afrodescendentes e mulheres.

Sem muito rigor, a geografia do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos EUA é fácil de entender: os estados do Norte são a favor, os do Sul são contra. Os estados da faixa central do mapa estão, basicamente, em cima do "muro" que separa as duas regiões — e escolhendo um lado aos poucos.

O casamento gay foi banido em 33 estados: 26 por emenda constitucional e legislação estadual, três por emenda constitucional apenas e quatro por lei estadual apenas. Todos os estados do Sul, com exceção do Novo México, estão incluídos nessa lista. Junto com alguns estados na faixa central do país, são considerados estados conservadores. O Novo México é o único estado que não tem qualquer lei banindo ou legalizando casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Desses estados, dez estão discutindo a aprovação do casamento gay: Arkansas, Flórida, Idaho, Indiana, Kentucky, Mississippi, Nebraska, Carolina do Norte, Pensilvânia e West Virginia. Se aprovarem a lei, o país terá a metade dos estados mais um a favor do casamento gay. Com exceção da Flórida, todos os estados do Sul do país — os mesmos que resistiram à libertação dos escravos e provocaram a Guerra Civil Americana — continuam resistindo ao que os estados do Norte passaram a chamar de "igualdade no casamento".

Em julho deste de 2013, a corte constitucional dos EUA pronunciou-se a respeito de dois casos envolvendo o casamento de pessoas do mesmo sexo, mesmo que indiretamente.

O primeiro – *Hollingsworth v. Perry* – tratava-se da invalidação de um referendo popular do estado da Califórnia (Proposition 8) que aboliu o direito ao casamento a pares homoafetivos naquele estado, recém conquistado por decisão da suprema corte californiana, ao emendar a constituição estadual a fim de expressamente proibir casamentos entre iguais.. Apoiadores do casamento gay ingressaram em juízo contra o referendo, alegando não ser disponível de deliberação democrática a marginalização infundamentada de um grupo minoritário com histórico de discriminação social. Em primeira instância, a causa foi julgada procedente, sendo proferida sentença de mérito de espectro amplo, afirmando ser um direito constitucional o casamento entre pares homeafetivos. Houve recurso, mas não do estado da Califórnia (o ente esperado por zelar pelo cumprimento das leis estaduais), que negou-se a defender a lei, e sim de entidades civis contrárias à causa gay. A corte federal de apelações do 9º distrito, sede em São Francisco, admitiu o recurso dos apelantes e apreciou o mérito do pedido de reforma, julgando-o improcedente, por maioria. Todavia, a decisão colegiada foi de escopo limitado: apenas declarou ser inconstitucional a deliberação por sufrágio universal de direitos pertinentes a minorias marginalizadas, silenciando-se sobre o casamento homoafetivo em si. Ato contínuo, houve recurso dos defensores do referendo à Suprema Corte Americana.⁸¹

Já o segundo caso – *U.S. v. Windsor* – discutia a legalidade de uma lei federal de 1996 conhecida pela sigla DOMA – *Defense of Marriage Act*. A lei, basicamente, permitia aos estados americanos não reconhecerem as certidões de casamento expedidas por outros entes da federação que viessem a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como barrava o governo federal de reconhecer tais uniões, fazendo com que casais legalmente casados fossem tidos como solteiros para fins federais. A ação apreciada pela Suprema Corte baseava-se no pedido de uma viúva em reaver impostos federais pagos quando da transmissão da herança de sua falecida esposa a ela, visto que os impostos não seriam devidos se o Estado reconhecesse o status matrimonial do casal. Portanto, contestava apenas a provisão

⁸¹ DENNISTON, Lily: Same-sex marriage cases: Made simple. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2012/09/same-sex-marriage-cases-made-simple/>>. Acesso em 20 nov. 2013.

da lei que reconhecia como casamento unicamente a união entre um homem e uma mulher para fins federais.

As decisões proferidas pela corte foram peculiares e, como de costume no cenário atual americano, por maioria de votos. No caso envolvendo o referendo californiano, os *justices* optaram por não conhecer do recurso devido à incapacidade de representação processual dos apelantes. Sustentaram que quem deveria defender o referendo estadual seria o estado da Califórnia, e que um grupo civil não teria legitimidade para tanto. Dessa forma, prevaleceu a decisão imediatamente anterior, liberando a união matrimonial de pares do mesmo sexo no estado. Entretanto, ao julgar *U.S. v. Windsor*, entrou-se no mérito da ação e determinou-se que o governo federal não poderia escolher quais casamentos seriam por ele reconhecidos. Qualquer licença de casamento expedida por um estado de americano deve ser reconhecida pelo governo federal. Assim, apesar de constar no escopo do voto redigido pelo *justice* Anthony Kennedy que casais homossexuais e seus eventuais filhos estariam sofrendo danos por um preconceito infundado institucionalizado pelo Congresso, a questão foi resolvida com base no dispositivo constitucional que garante a soberania dos entes federados ante o governo central, salvo exceções expressas.

Dessa forma, entende-se que a Suprema Corte Americana quis dar uma resposta efetiva ao anseio de grande parte da sociedade americana, que refuta a discriminação institucionalizada, porém sem resolver por completo a equação, por meio de uma *sweeping decision*, que declararia o casamento entre pessoas do mesmo sexo como direito decorrente da Constituição Americana e automaticamente garantiria o acesso ao casamento gay em todos os estados da federação, como nos moldes da decisão que aboliu leis estaduais proibindo uniões inter-raciais. Dessarte, tal decisão é aguardada para os próximos anos, pois com certeza o assunto será abordado novamente; todavia, numa época em que a sociedade esteja mais preparada.

CONCLUSÃO

A homossexualidade é um fato social que acompanha a história da humanidade, ganhando reconhecimento e espaço na sociedade a cada dia que passa. Não é uma perversão, tampouco considerada uma doença, mas sim um modo de ser, uma característica que não foi objeto de escolha ou uma opção de vida, haja vista que é uma orientação sexual, exprimindo um afeto, uma atração sexual por pessoas do mesmo sexo.

Destarte, apesar do preconceito e discriminação de que são alvos, não se pode deixar essa parcela da população sem tutela jurídica, ou, simplesmente, às margens da lei. Deste modo, ante a ausência de leis específicas regulando os direitos dos pares homoafetivos, estes buscaram no Poder Judiciário um amparo jurídico-legal para regularem suas relações perante a sociedade.

O poder conferido ao Estado para tutelar as condutas dos cidadãos é dado pelos próprios cidadãos e não pode ser discriminatório em manter em seus domínios somente os interesses relacionados aos heterossexuais, na medida em que, se assim o fosse, estaria violando princípios substanciados no texto constitucional, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre as pessoas e da liberdade, que são princípios universalmente consagrados.

O fato é que sob a égide do Estado Democrático de Direito não se pode conceber que haja o descumprimento de preceitos que se atrelam a essência dos Direitos Humanos, como os princípios encartados acima, já que partem do ser humano todas as garantias que lhe são devidas, cabendo ao Estado salvaguardar os bens que se relacionam diretamente às pessoas, visando à paz social e à harmonia entre as relações, independentemente da orientação sexual.

O óbice ao acesso dos homossexuais ao casamento é uma diferenciação desprovida de fundamento lógico-racional e, portanto, deve ser repelida pelos operadores de direito. Não se deve admitir qualquer espécie de distinção entre as pessoas em razão da orientação sexual das mesmas. Ao denegar-se direitos

fundamentais ao indivíduo em virtude do uso da sua sexualidade não corresponder ao convencionalizado pela maioria, está violando-se sua dignidade, afirmando que ele não pode pretender os mesmos direitos da maioria porque não é igual aos demais – ou “menos igual” aos demais. Está-se, assim, relegando-o a uma espécie de “subdignidade”.

O direito à união matrimonial homoafetiva encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil ao interpretar as garantias fundamentais elencadas pelo constituinte. O entendimento que procura marginalizar o casamento homoafetivo gera um contexto de desrespeito e negativa de dar reconhecimento jurídico à celebração do matrimônio, haja vista não haver entendimento legal algum que confira a possibilidade legítima e expressa para o enlace matrimonial. O que há é a repetição insistente dos entendimentos preconceituosos e incoerentes envolvidos e encontrados na tradição hipócrita de basear a tutela jurídica no merecimento social.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *A evolução do direito de família no Brasil*. In: FREITAS, Douglas Phillips, et. al. (coord.). *Curso de Direito de Família*. Florianópolis: Vox Legem, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. Apud SARLET, Ingo Wolfgang, 2007.
- BARBOSA, Águida Arruda. *Conceito Pós-Moderno de família*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. et al. (org.). *Direito de família e das sucessões: Temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Bahia: CAJ. n.16, maio de 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, item n. 7, 1989, UnB/Polis.
- BOBSIN, Diego Rafael de Oliveira. *O Divórcio Após a Emenda Constitucional número 66*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12235>. Acesso em 04 out. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 423.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: RT, 2002, p. 15.
- BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 out. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.183.378 – RS. Quarta Turma. Ementa e Acórdão do julgado. Brasília, 1º de fevereiro de 2011. Disponível em

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/STJ%20Resp%20casamento%20homoafetivo%20acordao%202012.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Acórdão do julgado. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de maio de 2011. p. 08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Relator Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes; Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 66. Apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1035.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. *Uniões homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Campos, Centro Universitário Fluminense, Fundação Cultural de Campos, Campos dos Goytacazes, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DENNISTON, Lily: *Same-sex marriage cases*: Made simple. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2012/09/same-sex-marriage-cases-made-simple/>>. Acesso em 20 nov. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A Homoafetividade Como Direito*. In: Novos Direitos, coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 186-187.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. Equality, *Democracy and Constitution*: We the People in Court. *Alberta Law Review*, Vol. 28, N. 02 (1990).

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 15. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HART, H.L.A., *The concept of Law*. New York: Oxford University Press, 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland

JEMOLO, Arturo Carlo. *El matrimonio*. Tradução de Santiago S. Melendo e Marino A. Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–America, 1954.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, volume 5: direito de família e das sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>>. Acesso em 08 out. 2013

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *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.

MELO, Alexandre José Paiva da Silva. *Artigo 5º, caput e incisos I, II e III*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 1983, p. 199. Apud SILVA, José Afonso da, 2007, p. 96.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Artigo 226*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Prefácio à Primeira Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios constitucionais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 98.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Murano. *Princípios constitucionais*. In: DIAS, Maria Berenice, et. al. (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: 2001.

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Humberto. *O amor entre os iguais*. 1. ed. São Paulo: 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais*. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, p. 619/659, 649/652, Lumen Juris, 2008.

SILVA , Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, jan/jun. 2003.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Diversidade sexual e suas nomenclaturas*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA. Glauca Cristina Archangelo da. *Novos parâmetros familiares: a necessidade de um novo olhar do judiciário*. São Paulo: Juris Plenum Ouro n. 10 novembro, 2009. SOUZA, Claudecy de. *Homossexualidade*. Disponível em: <http://pailegal.net/psisex.asp>. Acesso em 04 out. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Os princípios fundantes*. In: DIAS, Maria Berenice, et. al. (coord.). *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. São Paulo: Método, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006.