

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Cintia Pereira Dayrell

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO  
SEXO NO BRASIL**

Belo Horizonte  
2012

Cintia Pereira Dayrell

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO  
SEXO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientadora: Doutora Rita de Cassia Fazzi

Belo Horizonte  
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D274p Dayrell, Cintia Pereira  
A possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil / Cintia Pereira Dayrell. Belo Horizonte, 2012.  
70f.

Orientador: Rita de Cassia Fazzi  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Casamento entre homossexuais - Brasil. 2. Norma constitucional. 3. Brasil. [Constituição (1988)]. I. Fazzi, Rita de Cassia. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.628(81)

Cintia Pereira Dayrell

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO  
SEXO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Profa. Dra. Rita de Cássia Fazzi (Orientadora) – PUC Minas

---

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Junior – PUC Minas

---

Profa. Dra. Luciana Fernandes Berlini – Estácio de Sá

---

Profa. Dra. Luciana Costa Poli – PUC Minas

Belo Horizonte, 10 de abril de 2012

*Para meu filho Lucas, minha  
fonte de amor e alegria.*

*Para meus pais, Ciro e  
Elgita, pelo apoio  
incondicional.*

*E para o Ciro Junior, meu  
anjo.*

## RESUMO

O objetivo dessa dissertação é comprovar que o direito brasileiro admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, embora o “preceito” contido no artigo 1.514 do Código Civil do Brasil requeira a diversidade de sexos entre os noivos. Ocorre que não é com base nesse “preceito” que deve ser decidido se um casal homossexual tem o direito de realizar casamento no Brasil, porque esse “preceito” é ilegítimo, já que não se conforma com alguns dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. A decisão sobre a possibilidade de um casal homossexual realizar casamento no Brasil não pode se embasar num “preceito” ilegítimo. Portanto, esse “preceito”, antes de ser aplicado, deve ser interpretado em conformidade com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais da Constituição de 1988 que estavam sendo ofendidos por ele. Esse novo sentido que o “preceito” assume, após ser interpretado em conformidade com esses princípios, os direitos e as garantias fundamentais, recebe o nome de “norma”. É com base na norma, portanto, que deve ser decidido se um casal homossexual tem o direito de realizar casamento. Quando o preceito contido no artigo 1.514 do Código Civil brasileiro é interpretado em conformidade com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais asseguradas na Constituição de 1988, ele deixa de requerer a diversidade de sexos entre os noivos. Portanto, a “norma” que regulamenta a realização do casamento no Brasil, não requer a diversidade de sexos entre os noivos. Consequentemente, o direito brasileiro admite a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

**Palavras-chave:** Casamento. Homossexualidade. Norma. Preceito. Constituição.

## **ABSTRACT**

The objective of this dissertation is to prove that Brazilian law recognizes marriage between same sex, although the "rule" contained in Article 1514 of the Civil Code of Brazil requires a diversity of genders between the newlyweds. Occurs that is not based on this "precept" to be decided if a gay couple has the right to perform marriage in Brazil, because this "rule" is illegitimate, since it does not conform to some of the principles, rights and guarantees provided Federal Constitution of 1988. The decision on the possibility of a homosexual couple hold wedding in Brazil can not be to base a "precept" illegitimate. Therefore, this "rule", before being applied, shall be construed in accordance with the principles, rights and fundamental guarantees of the 1988 Constitution that were being outraged by it. This new sense that the "provision" assumes, after being interpreted in accordance with these principles, fundamental rights and guarantees, is called the "norm." It is based on the standard, so that must be decided if a gay couple has the right to perform marriage. When the provision contained in Article 1514 of the Brazilian Civil Code is interpreted in accordance with the principles, rights and fundamental guarantees secured by the 1988 Constitution, he ceases to require gender diversity among the grooms. Therefore, the "norm" governing the performance of marriage in Brazil, does not require a diversity of genders between the newlyweds. Consequently, Brazilian law permits the realization of the marriage between same sex.

**Keywords:** Marriage. Homosexuality. Norma. Precept. Constitution.

## SUMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 O PRINCÍPIO MAIS IMPORTANTE DO CASAMENTO NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA .....</b>	<b>16</b>
2.1 O princípio mais importante do casamento na sociedade romana .....	16
2.2 O princípio mais importante do casamento nas sociedades da Europa Ocidental durante a Idade Média e a Idade Moderna .....	20
2.4 O princípio mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea	26
<b>3 A HOMOSSEXUALIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA .....</b>	<b>30</b>
3.1 Conceito de homossexualidade .....	30
3.2 A homossexualidade nas sociedades antigas .....	31
3.3 A homossexualidade na Idade Média .....	34
3.4 A homossexualidade na Idade Moderna .....	36
3.5 A homossexualidade no Brasil do início do século XX.....	40
3.6 A homossexualidade na Idade Contemporânea.....	42
<b>4 A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>47</b>
4.1 A união estável entre pessoas do mesmo sexo como um fato juridicamente inexistente no Brasil.....	48
4.2 A união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no Brasil .....	49
4.3 A união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar para o Supremo Tribunal Federal.....	52
<b>5 CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL .....</b>	<b>56</b>
5.1 A legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento.....	56
5.2 A ilegitimidade do requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento. ....	57
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>67</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A norma jurídica que prevê o casamento no Brasil requer a diversidade de sexo entre os noivos. Esse requisito é legítimo? É a essa pergunta que o presente trabalho se propõe a responder.

Antes de responder a essa pergunta, contudo, é preciso realizar alguns esclarecimentos.

O Direito é composto por princípios e por normas ou regras.

Os princípios expressam os valores superiores, fundamentais ou mais importantes do Direito. (AMARAL, 2006, p. 55)

As normas ou regras prevêm os fatos considerados relevantes para o relacionamento intersubjetivo, e determinam a consequência da realização desse fato. Por isso se diz que a norma tem a estrutura composta pela “hipótese de fato”, que é a maneira como ela prevê determinado fato, e pelo “preceito”, que é a consequência que ela estabelece para o caso de concretizar-se a hipótese de fato. (AMARAL, 2006, p. 70).

Os princípios, por expressarem os valores superiores, fundamentais ou mais importantes do Direito, não podem ser ofendidos pelas normas. Os processos de criação e de interpretação da norma, portanto, não se realizam de maneira arbitrária, porque possuem um pressuposto de legitimidade, que é não ofender aos princípios superiores, fundamentais ou mais importantes do Direito. Ou seja, as normas, ao preverem o fato considerado relevante para o relacionamento intersubjetivo e estabelecerem a consequência da realização desse fato, devem obedecer ao pressuposto de não ofender aos princípios do Direito, sob pena de ilegitimidade.

Os princípios se classificam em positivos e suprapositivos. Os princípios positivos são expressos em lei e, por isso, são coercitivos, ou seja, pode-se exigir que o devedor obedeça a esses princípios de maneira obrigatória, quando ele não os obedece de forma espontânea. O princípio suprapositivo não é expresso em lei e, por isso, não é coercitivo, ou seja, não se pode exigir que o devedor obedeça a esses princípios de maneira obrigatória, quando ele não os obedece de forma espontânea.

Apesar de não ser coercitivo, o princípio suprapositivo expressa um valor fundamental do Direito e, por isso, não pode ser ofendido pela norma. Ou seja, o

princípio suprapositivo fundamenta a construção e a interpretação da norma, apesar de não ser coercitivo.

O afeto é um exemplo de princípio suprapositivo. O afeto é um princípio porque expressa um valor superior ou fundamental do Direito de Família e, por isso, não pode ser ofendido pelas normas desse Direito. E é um princípio suprapositivo porque não é um princípio coercitivo, ou seja, não se pode exigir que o devedor obedeça ao princípio do afeto de maneira obrigatória, quando ele não o obedece de forma espontânea.

O princípio positivo se classifica em constitucional, quando expressa um valor que fundamenta todo o Direito, e em institucional, quando expressa um valor que fundamenta somente determinado instituto do Direito. O princípio positivo constitucional é superior ao princípio positivo institucional, porque expressa um valor que fundamenta todo o Direito. Assim, no caso de conflito entre um princípio constitucional e um princípio institucional, deve ser aplicado o princípio constitucional. (AMARAL, 2006, p. 56)

O requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, portanto, será legítimo se não ofender a um princípio positivo, ou suprapositivo, do Direito.

Para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, é preciso identificar o princípio mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea, porque aquele requisito somente será legítimo se não ofender a esse princípio.

Para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, também é preciso saber como a sociedade brasileira contemporânea enxerga o homossexual, porque caso esse indivíduo seja considerado normal, não existe razão para negar-lhe o direito de se casar com pessoa do mesmo sexo.

Para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, é preciso, ainda, saber se o princípio jurídico que reconheceu a união estável como família requereu a diversidade de sexo entre os conviventes, porque, se essa diversidade não foi requerida, o Direito brasileiro autoriza duas pessoas do mesmo sexo a formarem uma família através da união estável. E, nesse caso, não existiria razão para o

Direito proibir duas pessoas do mesmo de formarem uma família através do casamento também.

Por fim, para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, é preciso saber se esse pressuposto ofende aos princípios positivos constitucionais, porque esses princípios expressam os valores que fundamentam todo o Direito e, por isso, não podem ser ofendidos nem pelos princípios institucionais, nem pelas normas jurídicas.

Os juristas que defendem a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse pressuposto não ofende aos princípios positivos constitucionais, porque a procriação é o princípio suprapositivo mais importante do casamento, e este princípio justifica o tratamento discriminatório que o Direito confere à união homossexual.

Os juristas que denunciam a ilegitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse pressuposto ofende aos princípios constitucionais, porque a satisfação afetiva e sexual dos noivos se tornou o princípio suprapositivo mais importante do casamento, e este princípio não justifica o tratamento discriminatório que o Direito confere à união homossexual.

## **2 O PRINCÍPIO MAIS IMPORTANTE DO CASAMENTO NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA**

Esse capítulo visa identificar o princípio mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea. Identificar esse princípio é essencial para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, porque esse requisito somente será legítimo se não pode ofender àquele princípio.

Nesse capítulo será demonstrado que a maneira como os povos de diferentes épocas e lugares regulamentou o casamento foi influenciada por aquilo que aqueles povos consideravam ser o princípio mais importante desse ato. Ou seja, a maneira como o Direito dos povos de diferentes épocas e lugares previu o casamento foi influenciada por aquilo que aqueles povos consideravam ser a finalidade principal desse ato.

Os romanos e os povos que habitaram a Europa Ocidental durante a Idade Média e a Idade Moderna, somente admitiam o casamento entre um homem e uma mulher, porque apenas essa união satisfazia ao princípio mais importante do casamento na cultura daqueles povos.

O Código Civil de 1916 também somente admitia o casamento entre um homem e uma mulher porque apenas essa união satisfazia o principal objetivo do casamento para a sociedade brasileira do início do século XX.

E qual é o princípio mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea? O pressuposto da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, ofende aquele princípio?

### **2.1 O princípio mais importante do casamento na sociedade romana**

Na sociedade romana, o princípio mais importante do casamento era a procriação, que era necessária para que o cidadão romano satisfizesse os seus deveres para com os seus deuses e com o Estado. Por isso, o ordenamento jurídico romano concedia somente a um homem e uma mulher o direito de realizar casamento, porque somente essa união satisfazia ao princípio do casamento na sociedade romana.

De acordo com a religião romana, a morte não era o fim da existência, mas uma passagem para a outra vida. E nela o pai de família falecido se transformaria num deus protetor dos seus familiares se recebesse deles a sepultura e as obrigações fúnebres, que consistiam no fogo sagrado mantido sempre aceso junto ao túmulo, no alimento em determinadas épocas do ano e no sentimento de temor. Contudo, se essas necessidades do pai de família morto não fossem atendidas, ele se tornaria um demônio e passaria a castigar os seus familiares com doenças, plantações devastadas, aparições assombrosas e tudo mais que fosse necessário para forçá-los a cumprir aquelas obrigações. (COULANGES, 1957, p. 15)

Os romanos adotavam um modelo amplo de família. Dela faziam parte todos os indivíduos que descendiam de um ancestral comum. (VENOSA, 2004, p. 59) E cada família tinha os seus próprios deuses, que eram os pais de família falecidos. Eles eram chamados de “deuses lares” e os romanos os temiam mais do que à própria morte.

Entretanto, havia um detalhe importante: as obrigações fúnebres somente podiam ser cumpridas por um filho do sexo masculino e fruto do casamento religioso do morto. Os filhos gerados fora do casamento eram considerados incapazes de fornecer ao pai aquelas obrigações. (COULANGES, 1957, p. 69) E as filhas ficavam impossibilitadas de cultuar o pai porque passavam a pertencer à família do marido e a servir aos antepassados dele quando se casavam. (COULANGES, 1957, p. 71)

Por causa dessas crenças religiosas, o casamento e a procriação eram atos praticamente obrigatórios para todo cidadão romano, e visavam não à satisfação afetiva e sexual, mas à prole legítima exclusivamente, necessária para permitir a continuidade do culto religioso. (COULANGES, 1957, p. 69)

O Direito expressava a vontade da sociedade romana, e somente reconhecia como família a união de um homem e de uma mulher após a celebração do casamento e visando à procriação. As demais uniões entre pessoas, ainda que duradouras, não recebiam a proteção do direito.

Como o casamento era realizado somente para fornecer a prole legítima ao cidadão, o Direito permitia que ele fosse anulado no caso da esposa ser estéril. A infertilidade do marido, contudo, era resolvida com a obrigação da esposa conceber com um irmão ou outro parente do marido, e os filhos eram considerados como se fossem dele. (COULANGES, 1957, p. 70-71)

Os filhos também eram concebidos exclusivamente para dar continuidade ao culto doméstico, e por isso não eram considerados donos da própria vida, mas propriedade do pai, que possuía autoridade absoluta sobre eles e chegava a ter o direito de vendê-los e condená-los à morte. (PEREIRA, 1995, p. 18)

Nem mesmo o cidadão homossexual se libertava da obrigação de casar e gerar os descendentes reclamados pela religião, embora a homossexualidade não fosse censurada entre os romanos. A incoerência entre a obrigação de casar com uma mulher e a possibilidade de exercer a homossexualidade era resolvida pela inexistência do dever de fidelidade à esposa na sociedade romana. O marido podia ter amantes de ambos os sexos, de acordo com a sua vontade, e não sofria nenhuma reprovação por isso. Ao contrário, entre os romanos era generalizada a idéia de que o casamento visava somente à prole legítima, enquanto a satisfação afetiva e sexual devia ser buscada pelo homem junto às cortesãs e concubinas, ou ao lado de outros homens. (LEITE, 1991, p. 45)

Contudo, o prazer era a única coisa que as amantes podiam proporcionar, porque somente a esposa tinha a faculdade de dar os filhos legítimos que perpetuariam o culto doméstico. Para assegurar a legitimidade da filiação, inclusive, o adultério da esposa era punido pelo Direito com a morte. Ao contrário do marido, ela devia ser fiel para garantir a paternidade dele sobre o filho que lhe prestaria as obrigações fúnebres. (COULANGES, 1957, p.140)

As mulheres romanas aceitavam essas regras tão desiguais porque eram subjugadas pelos homens e não exerciam a própria vontade, mas apenas os interesses masculinos. Para ser subjugada, desde a infância a mulher era afastada do convívio com a sociedade e mantida em casa aprendendo somente a cuidar dos afazeres domésticos. Do lar paterno ela saía apenas quando se casava, mas para ser novamente enclausurada na casa da família do marido. Além disso, a mulher romana era destituída de patrimônio. Ela tinha um direito apenas virtual sobre a herança paterna, mas era impedida de dispor dela. E os bens que levava ao se casar se incorporavam ao patrimônio do marido, que exercia poderes absolutos sobre eles. Para ser completa a submissão da mulher romana ao homem, ela também era privada de autonomia civil e submetida a uma tutela perpétua. O pai era o seu primeiro tutor, e no caso de impossibilidade dele, outro parente do sexo masculino assumia essa função. E quando se casava a mulher passava a ser

tutelada pelo marido, ficando, assim, sempre subordinada à autoridade masculina. (LEITE, 1991, p. 46)

A subjugação das mulheres romanas foi provavelmente o meio encontrado pela sociedade para obrigá-las a viver somente para gerar e cuidar do maior número possível de filhos. A prole numerosa era essencial para garantir a continuidade do culto doméstico, já que além das filhas não poderem oferecer ao pai as obrigações fúnebres, muitos filhos perdiam a vida precocemente nas constantes guerras em que se envolvia o Estado Romano, pois a guerra era a principal fonte de riqueza e de poder desse Estado. Foi conquistando outros povos que Roma deixou de ser uma simples aldeia de agricultores para se tornar um Império.

Alguns historiadores afirmam inclusive que o Estado Romano se apoiava na religião porque ela fornecia a ele os filhos necessários para manter um exército poderoso. Confirma esse pacto de interesses entre o Estado e a religião, nas sociedades antigas, a utilização do Direito para garantir o cumprimento dos preceitos religiosos. A interferência do Estado na vida privada chegava a atingir proporções absurdas. Na Grécia, por exemplo, a lei obrigava o marido a manter relações sexuais com sua esposa pelo menos três vezes por mês. (LEITE, 1991, p. 45) Em Roma, no século III, foi proibida a ruptura de noivados, porque o Imperador percebeu que uma série de noivados interrompidos arbitrariamente era o meio que alguns cidadãos vinham encontrando para fugir do casamento. (LEITE, 1991, p.98) E o celibato foi punido como crime tanto na Grécia quanto em Roma. (COULANGES, 1957, p.139) Direito e religião se confundiam tanto nas sociedades antigas que durante muito tempo o ofício de julgador somente pode ser exercido por um pontífice.

Em Roma, portanto, a liberdade individual era praticamente inexistente. Nem mesmo o cidadão romano, indivíduo que gozava de maior poder na sociedade, possuía ampla liberdade, porque era praticamente obrigado a se casar e a procriar ainda que não fosse essa a sua vontade. A mulher romana exercia o único papel de reprodutora. E os filhos eram obrigados a dar continuidade a esse ciclo.

Naquela sociedade, portanto, o indivíduo não tinha valor por si mesmo, mas apenas na medida em que atendia aos preceitos da sua religião e à vontade do Estado, que legitimava a religião. Nesse sentido:

A cidade antiga havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí a sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre os seus membros. Em sociedade organizada sobre tais bases, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em todas as suas coisas, submetido e sem reserva alguma, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião que tinha gerado o Estado, e o Estado que conservava a religião, apoiavam-se mutuamente e formavam um só corpo; estes dois poderes associados e confundidos formavam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se achavam igualmente submetidos.

[...]

A tirania do Estado exercitava-se até sobre as mais pequeninas coisas, como em Locres, onde a lei proibía aos homens bebesssem vinho genuíno, ou em Roma, em Mileto e em Marselha, onde o tornava defeso às mulheres. Era vulgar que o vestuário fosse determinado pelas leis de cada cidade; a legislação de Esparta regulamentava o penteado das mulheres e a de Atenas interdizia a estas levassem em viagem mais que três vestidos. Em Rodes, a lei impedia o homem de fazer a barba; em Bizâncio punia-se com multa quem possuísse, em sua casa, navalha de barba; e em Esparta, ao contrário, exigia-se fosse rapado o bigode.

[...]

Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade de vida privada, nem a de educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana tinha muito pouco valor, perante esta autoridade santa e quase divina, que se chamava pátria ou Estado. (COULLANGES, 1957, p. 347-352).

Enfim, em Roma, o casamento era um ato que se realizava apenas entre um homem e uma mulher porque somente essa união atendia ao objetivo do casamento na sociedade romana, que era a procriação.

## **2.2 O princípio mais importante do casamento nas sociedades da Europa Ocidental durante a Idade Média e a Idade Moderna**

Durante toda Idade Média, coube à Igreja Católica regulamentar o casamento nos países da Europa Ocidental. Na idade Moderna, o Estado retomou para si esse encargo, contudo, a regulamentação que deu ao casamento foi praticamente copiada da que lhe dava a Igreja Católica. Tanto a Igreja Católica durante a Idade Média, quando o Estado na Idade Moderna, somente concediam o direito de realizar casamento a um homem e uma mulher, porque somente essa união satisfazia ao principal objetivo do casamento daquelas sociedades: a procriação.

Embora a religião católica em nada se assemelhasse á religião romana, em matéria de casamento essas duas religiões objetivavam acima de tudo a procriação, e por isso regulamentaram o casamento da mesma forma, ou seja, somente entre um homem e uma mulher.



A procriação, contudo, não foi um objetivo determinado pelo Cristo. Na verdade, o Cristo desvinculou o casamento da procriação no momento em que censurou o divórcio no caso da esposa ser estéril. Mas a procriação foi um objetivo restabelecido no século IV, por Santo Agostinho, com base nos preceitos do antigo testamento. (LEITE, 1991, p. 129)

Segundo Santo Agostinho, o sexo era um ato pecaminoso que se tornava aceitável somente após a realização do casamento e apenas visando à procriação. Por isso, ele censurava todos os métodos de controle da natalidade, e até mesmo a continência sexual, afirmando que os casais tinham o dever de se relacionar sexualmente com a frequência necessária para permitir o nascimento dos filhos de Deus. (LEITE, 1991, p.129)

Segundo alguns doutrinadores, os apóstolos e teólogos encarregados de transmitir o cristianismo às futuras gerações tiveram de adaptar os preceitos dessa religião às exigências da sociedade romana, para impedir que ela fosse extinta. É preciso lembrar que até o século IV o Estado Romano perseguia e condenava os cristãos à morte. Depois dessa época esse Estado tornou o catolicismo sua religião oficial.

Enfim, aquela doutrina de Santo Agostinho foi assimilada pela igreja Católica e obedecida pelos fiéis durante toda a Idade Média e a Idade Moderna. Assim, embora o casamento e a procriação não fossem atos obrigatórios para os católicos, porque eles podiam escolher viver em castidade, aqueles atos eram os únicos meios de que dispunham os católicos para exercerem a sua sexualidade de maneira legítima perante os preceitos da sua religião.

Isso implicou na conservação dos mesmos papéis que o marido e a esposa exerciam na sociedade romana. Se a mulher devia gerar e cuidar do maior número possível de filhos, ela não conseguia dividir com o marido o encargo de prover às necessidades materiais da família, cabendo somente a ele exercer essa atividade.

Contudo, aquela doutrina trouxe conseqüências que não foram benéficas para a sociedade. Exigir que os casais tivessem uma quantidade imensa de filhos era excessivamente penoso para eles, principalmente se fossem pobres. Alimentar e educar muitas crianças consumia inteiramente a vida dos pais, e provavelmente daí resultou a cultura que não valorizava o afeto nas relações entre pais e filhos. Ante a inflexibilidade da doutrina católica exigindo a prole numerosa, o afeto passou a ser

considerado algo desnecessário, pois era mais importante permitir o nascimento dos filhos e prover às suas necessidades materiais. Os pais podiam até mesmo delegar o cuidado de suas crianças a outra pessoa. Assim, na Europa, até o século XVIII, era comum o casal enviar seus filhos ainda recém-nascidos para a casa de uma “ama”, que cuidava deles até a idade de seis anos, sem que houvesse qualquer contato com os pais durante todo esse período. Inexistindo uma cultura que valorizasse o afeto, os filhos passaram a ser vistos apenas como um encargo do casal que queria exercer a sua sexualidade de maneira legítima, e por isso era aceitável afastá-los da convivência familiar. (LEITE, 1991, p. 298)

A dificuldade de cuidar adequadamente de vários filhos resultava ainda numa absurda taxa de mortalidade infantil. De acordo com uma estatística realizada no século XVIII, uma em cada quatro crianças morria na Europa antes do primeiro ano de vida. E essa mortalidade era devida mais à negligência com que eram tratadas pelos pais e pelas amas do que pela precariedade do desenvolvimento da medicina. (LEITE, 1991, p. 300)

Além disso, o abandono dos filhos foi intensamente praticado em todos os países da Europa durante a Idade Média. E representava quase sempre um infanticídio disfarçado, uma forma hipócrita de por fim à vida de uma criança indesejada, pois normalmente quem a encontrava já estava sobrecarregado com os próprios filhos e não a acolhia; resultando na sua morte por fome ou frio. A Igreja censurava esse comportamento dos pais, ameaçando-os com a excomunhão e o inferno, mas as dificuldades econômicas pesavam mais que o medo da condenação. (LEITE, 1991, p. 279)

Como a Igreja não conseguia mudar essa realidade, os mosteiros chegaram a criar um local onde os pais podiam abandonar os seus filhos sem revelar a própria identidade. Esse local era conhecido com o nome de “roda”, e consistia numa caixa giratória, instalada na portaria do mosteiro, na qual se colocava a criança rejeitada enviando-a para o lado de dentro. A finalidade da roda era diminuir o abandono de crianças nas ruas e evitar a sua morte. (LEITE, 1991, p. 280)

Diante desse quadro, não havia na Europa, até o século XVIII, nenhuma legislação destinada a minorar ou penalizar os maus tratos e descaso dos pais com os filhos, levando-nos a concluir que esse comportamento não era censurado pela moral social da época. (LEITE, 1991, p.300)

Quando as revoluções sociais do final do século XVIII relegaram o monarca e a Igreja Católica que o apoiava a um plano secundário, e conferiram o poder ao povo, era de se esperar a criação de um direito em matéria de família que viesse finalmente atender aos legítimos interesses e anseios da sociedade. Contudo, não foi isso que aconteceu, pois quando o Estado de Direito secularizou o casamento e passou a regulamentá-lo por suas próprias leis, ele praticamente copiou o direito canônico em matéria de família. Na França, assim como na maioria dos países europeus ocidentais, as doutrinas da Igreja Católica sobre a família foram assimiladas pelo poder público. (LEITE, 1991, p. 301)

Dois fatores foram determinantes para que a legislação da Igreja em matéria de família se tornasse a do Estado de Direito. Em primeiro lugar, não houve interesse estatal em alterar a estrutura familiar então existente, porque essa, fundamentada na procriação, também atendia aos interesses daquele Estado, que precisava de mão de obra abundante e poderio militar para a conservação da sua riqueza. (LEITE, 1991, p. 311) Em segundo lugar, a sociedade da época, ainda bastante homogênea e profundamente sacralizada, não demandou uma legislação civil, em matéria de família, que fosse diferente da legislação canônica.

Os povos que habitaram a Europa Ocidental no período compreendido entre o século V e o século XVIII, assim como os romanos que os antecederam, praticamente não conheceram a liberdade individual, pois aprendiam a se dedicar somente aos planos que a religião católica traçava para eles, jamais exercendo suas ambições pessoais. O sujeito, palavra que aqui é empregada como sinônimo de indivíduo capaz de fazer escolhas e de propor objetivos, não existia naquelas sociedades, porque a uniformidade da sua cultura retirava do indivíduo a possibilidade de ser diferente dos demais, já que essa possibilidade pressupõe uma cultura que se caracteriza pela pluralidade. Nesse sentido:

A referência única oferecida pela *polis* ou pela Igreja para a ação de todos permitia uma lógica de organização social que foi chamada, por Weber e por Tönnies, de **comunidade**: ao contrário da sociedade, essa essencialmente moderna, a comunidade pressupõe um **único projeto coletivo que aglutina e dá sentido à existência humana**. Exatamente por isso, na Antiguidade e na Idade Média a totalidade goza de uma primazia ontológica sobre as partes, ou dito de outra forma, não havia lugar nas comunidades antigo-medievais para o indivíduo. Não havia nessas comunidades o *outro*, e portanto também não o *sujeito*, seja no “bom sentido” que a palavra possa assumir, ou seja, como *autonomia* e *liberdade*, seja no “mau sentido”, como *individualismo* e *egocentrismo*. (GALUPPO, 2005, p. 1)

Quando as revoluções sociais que ocorreram no final do século XVIII separaram o Estado da Igreja, o indivíduo começou a desfrutar de maior liberdade individual, mas não em relação ao modelo de família que ele deveria constituir, porque no campo da família a Igreja Católica continuou exercendo enorme poder moral sobre a sociedade. Tanto que o Estado praticamente copiou a legislação canônica quando passou a regulamentar a família por suas próprias leis.

Assim, as sociedades da Europa Ocidental, durante a Idade Média e a Idade Moderna, somente concediam o direito de realizar casamento a um homem e uma mulher, porque apenas essa união satisfazia ao principal objetivo do casamento para aquelas sociedades: a procriação.

### **2.3 O princípio mais importante do casamento no Brasil do início do século XX**

O Código Civil de 1916 também regulamentou o casamento apenas entre um homem e uma mulher, porque somente essa união satisfazia à principal finalidade do casamento do início do século XX, que ainda era a procriação. Nesse sentido:

O Código Civil de 1916, da mesma forma, definiu como família o casamento. A partir disso, foi pautada toda a estrutura jurídica direcionada à sua proteção. Significa dizer que tal entendimento circunscreveu as situações às quais o Direito concedia tutela. A família mereceu atenção jurídica na exata medida em que se instaurava por meio do matrimônio. Por outro lado, o que escapava a tal definição era juridicamente irrelevante. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p.8)

Sendo assim, as funções que competiam ao homem e à mulher na família européia também se reproduziram aqui. Ao homem cabia a manutenção material da família, e a mulher continuou exercendo somente as funções de reprodutora e responsável pelos afazeres domésticos. Nesse sentido:

A reprodução também se manteve como objetivo propulsor da família. Casava-se para obter filhos, como ocorria em Roma.

[...]

As funções familiares eram devidamente distribuídas entre a mulher e o seu esposo. Como já dito, aquela ficava responsável pela reprodução e pela conservação do lar em si. Este, por sua vez, pelas relações exteriores direcionadas, sobretudo, ao sustento material dos componentes da família, o que envolvia propriedade. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 8)

Assimilando a cultura social, o direito não admitia o divórcio. A família era encarada como instituição sagrada que não poderia ser destruída pela vontade dos cônjuges. A preservação da família era um valor superior à satisfação pessoal do marido e da esposa.

O marido recebia do direito maior poder que a esposa. Assim, o direito tornava a mulher relativamente incapaz após o casamento, submetendo-a a autorização do marido para o exercício de determinados atos da vida civil. Dentre eles podem ser citados, segundo o artigo 242 do Código Civil de 1916, o exercício de profissão, a aquisição de obrigações que importavam em alienação de bens do casal, a aceitação de herança e de legado, e o exercício de tutela ou curatela.

Os filhos também eram submetidos ao pai pelo direito. A mãe não possuía a mesma autoridade sobre eles e o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo marido. Somente na falta do pai é que a mulher exercia o poder de decisão sobre a vida dos filhos. Nesse sentido:

Nem mesmo sobre os filhos, como regra, a mulher possuía autoridade. O pátrio poder era exercido, exclusivamente, pelo marido. Ainda que fosse a mãe responsável pela efetiva criação educacional - esfera privada -, ligando-se talvez mais diretamente aos filhos, não possuía autoridade sobre eles. Na realidade, apenas na eventual falta do pai, caber-lhe-ia tal poder de decisão. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 9)

Como a família reconhecida e protegida pelo direito era somente a constituída a partir do ato formal do casamento, os filhos havidos pelo marido fora do casamento não podiam ser reconhecidos por ele e não tinham direito a alimentos e herança. “Considerados ilegítimos, não auferiam proteção do ordenamento. Pior, era-lhes mesmo negada a constituição da paternidade.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 10)

Enfim, se o principal objetivo do casamento no início do século XX era a procriação, é normal que o Código Civil de 1916 tenha regulamentado o casamento apenas entre um homem e uma mulher, porque somente essa união satisfazia àquele objetivo.

## 2.4 O princípio mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea

Na segunda metade do século XX, o princípio mais importante do casamento deixou de ser a procriação e passou a ser a satisfação afetiva e sexual dos noivos.

Naquela época, as sociedades ocidentais tiveram o seu perfil radicalmente alterado, porque se tornaram dessacralizadas e heterogêneas. Essa mudança repercutiu no casamento, que também teve modificado o seu princípio mais importante.

Uma das razões da dessacralização das sociedades ocidentais, segundo alguns doutrinadores, teria sido a postura de neutralidade assumida pela Igreja Católica frente aos crimes que foram cometidos contra a humanidade durante as duas guerras mundiais que ocorreram na primeira metade do século XX. A partir daí, aquelas sociedades teriam passado a questionar profundamente as regras ditadas por essa instituição que havia guiado grande parte do seu destino até então.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite:

A primeira guerra mundial, cuja extensão colocou a Igreja e o Estado diante de problemas morais, jurídicos e diplomáticos sem precedentes, somados aos que haviam surgido em séculos anteriores, situou o homem moderno diante de uma constatação cruel: a impotência do Estado e a silenciosa omissão da Igreja. A omissão do Vaticano precipitou a queda final, a ruína da *Christianitas* medieval e os poderes representantes dessa ordem, a Igreja e o Império. Em face de grandes colapsos políticos, estimula-se a necessidade de reflexão sobre o sentido e possibilidades de normas reguladoras do comportamento social. (LEITE, 1991, p. 324)

Outros fatores responsáveis pela dessacralização das sociedades ocidentais foram o avanço do conhecimento que se verificou em todas as áreas, a facilitação do acesso a esse conhecimento, e a maior difusão da informação pelo desenvolvimento tecnológico. Essas mudanças trouxeram novos valores para aquelas sociedades e a partir daí religião se tornou apenas mais um dentre diversos outros valores. (AMARAL, 2003, p.73)

O fato é que a nova geração da segunda metade do século XX se tornou descrente dos padrões sociais tradicionais e passou a questioná-los profundamente. Em decorrência dessa descrença na moral tradicional, os jovens passaram a dar mais atenção à sua própria vontade e aos sentimentos.

Surge então uma nova concepção de vida, que privilegia a liberdade e a afetividade acima das convenções sociais tradicionais. O jovem da segunda metade do século XX se recusa a ser meio de realização de interesses alheios e passa a lutar pela realização dos seus próprios interesses. A partir daí, a sociedade se tornou heterogênea, porque o que mantinha a sua homogeneidade era a impossibilidade do indivíduo exercer as suas próprias escolhas.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

As organizações econômica, política, social e religiosa davam mostras de um esgotamento nunca antes vivido, ao mesmo tempo, pela história humana. Os tempos anunciavam a quebra fatal de toda uma tradição acumulada não mais correspondente aos anseios mais elementares da sociedade; prenunciavam o surgimento de uma nova era, na qual a igualdade e o amor, na sua aceção mais ampla, seriam as metas perseguidas. (LEITE, 1991, p.332)

Quando a nova geração da segunda metade do século XX se libertou da pressão que era exercida pela moral convencional, ela passou a encarar o casamento não mais como vinculado ao dever de procriação, mas sim como fonte de satisfação afetiva e sexual. Ou seja, a partir da segunda metade do século XX, o casamento adquiriu um novo valor na sociedade, porque deixou de ter como objetivo a procriação e passou a ter como meta a felicidade dos noivos.

Como consequência, a escolha do cônjuge deixou de ser determinada pela imposição de exigências sociais e passou a ser determinada pela felicidade.

Além disso, o número de filhos passou a ser livremente decidido pelo casal. Essa mudança de atitude alterou a maneira como os pais se relacionavam com os seus filhos. Se na maioria das sociedades ocidentais os pais eram indiferentes ou pouco afetuosos com seus filhos, a partir do momento em que o casal passou a ter somente os filhos que desejava a afetividade se tornou intensa e o bem estar da criança foi colocado em primeiro lugar.

Buscando liberdade e igualdade, a mulher passou a ambicionar uma carreira profissional e deixou de ver o casamento e a procriação como os únicos meios de sua realização pessoal. A mulher adquiriu maior independência e poder de decisão.

O Direito assimilou essa mudança no papel da mulher e criou a Lei nº 4.121, de 1962, denominada “Estatuto da Mulher Casada”. Essa lei pôs fim à antiga exigência de autorização do marido para que a esposa pudesse exercer atividade

profissional e aceitasse herança, legado, tutela e curatela. Essa lei também conferiu à esposa o mesmo poder que o marido tinha sobre os filhos.

O divórcio passou a ser permitido pela Lei nº 6.515, de 1977. A família deixou de ser encarada como uma entidade que possuía maior importância que os indivíduos que a compunham. A felicidade pessoal do casal não podia mais ser desconsiderada e no momento em que ela não mais existia cada um dos cônjuges ficava livre para seguir em busca de realização afetiva com outra pessoa.

As sociedades ocidentais da segunda metade do século XX passaram a valorizar o indivíduo, sua liberdade e o livre desenvolvimento da sua personalidade. A família se tornou o meio onde o sujeito deve ser respeitado e apoiado em suas livres escolhas.

De acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

De fato, diante dessa nova conjuntura, a família compreende expediente válido ao alcance da realização da pessoa humana. Note-se, portanto, que o vértice encontra-se invertido. No entendimento codicista da família matrimonializada, a instituição familiar fazia dos integrantes instrumento de realização dos seus objetivos. Nessa nova perspectiva, são os membros familiares, seus interesses e direitos que fazem da família um recurso. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 21)

Desde o momento em que o princípio mais importante do casamento deixou de ser a procriação, e passou a ser a satisfação afetiva e sexual dos noivos, o casamento se tornou um modelo de família insuficiente para proporcionar essa satisfação a todos os indivíduos, porque nem todos encontravam a felicidade no casamento. Surgiram, assim, novos modelos de família na sociedade, que propiciavam ao indivíduo encontrar a felicidade em algum deles.

O Direito começou a absorver essas mudanças sociais e deixou de reconhecer como família somente o modelo que se encaixava na moldura prevista pelo legislador de 1916. E não poderia ser outra a atitude do Direito nas sociedades democráticas, porque, se elas se caracterizam pela pluralidade, ao Direito cabe reconhecer e regulamentar essa heterogeneidade sem congelar a família em determinado padrão que ignore e impeça a evolução social.

Assim, o Direito ampliou o seu conceito de família. A Constituição da República, de 1988, em seu artigo 226, prescreveu que a família, base da sociedade, receberá especial proteção do Estado, considerando como família, além



daquela constituída pelo casamento, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a advinda da união estável.

Apesar do avanço trazido pela Constituição da República, que reconheceu a união estável como entidade familiar, a expressão “entre o homem e a mulher”, contida na definição do instituto, acabou por marginalizar outra situação de fato, que é a das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil de 2002, ao prever a união estável, também requereu a diversidade de sexos entre os noivos.

Por apego à literalidade desses textos jurídicos, o processo de aquisição de direitos por casais homossexuais se tornou lento, como será demonstrado a seguir.

Enfim, se casamento se baseia no princípio da satisfação afetiva e sexual dos noivos, é ilegítimo o requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, porque esse requisito contraria aquele princípio ao impedir que os homossexuais busquem satisfação afetiva e sexual no casamento.

Embora a satisfação afetiva e sexual entre os noivos seja o princípio mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea, esse princípio não é positivo, mas sim suprapositivo, ou seja, não é um princípio expresso em texto de lei e, portanto, não é um princípio coercitivo, não sendo possível obrigar o devedor a obedecer a esse princípio de maneira forçada, quando ele não o obedece de forma espontânea. Contudo, mesmo não sendo coercitivo, o princípio da satisfação afetiva e sexual entre os noivos expressa um valor supremo do Direito de Família e, portanto, não pode ser ofendido pela norma jurídica que prevê o casamento.

### 3 A HOMOSSEXUALIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, é preciso saber como a sociedade brasileira contemporânea enxerga o homossexual, porque se esse indivíduo for visto como normal, não existe razão para negar-lhe o direito de constituir uma família a partir do casamento com pessoa do mesmo sexo.

Neste capítulo será demonstrado que a forma como o povo de diferentes épocas e lugares enxergou a homossexualidade influenciou no tratamento jurídico que cada um destes povos destinou aos homossexuais.

O ordenamento jurídico brasileiro reflete a maneira como o homossexual é visto pela sociedade contemporânea? Os princípios e as normas jurídicas que prevêem o casamento no Brasil expressam a forma como a sociedade brasileira enxerga o homossexual?

#### 3.1 Conceito de homossexualidade

O vocábulo “homossexual” foi criado e difundido pelo médico húngaro Karoly Benkert, em 1869, para denominar o indivíduo que se relaciona sexualmente com outro do mesmo sexo. Esse vocábulo é o resultado da conjugação do termo grego *hómos*, que significa semelhante ou análogo, e do radical latim *sexu*, que designa sexual. Atualmente tal vocábulo é utilizado por médicos e psicólogos para identificar as pessoas que se sentem sexualmente atraídas por outra do mesmo sexo, independentemente de se relacionarem sexualmente de maneira efetiva com elas. (BRANDÃO, 2002, p. 15).

É preciso distinguir o homossexual do bissexual, do travesti, do transgênero, do transexual e do intersexual. Assim, bissexual é a pessoa que se sente atraída sexualmente por outras de ambos os sexos. Travesti é o indivíduo que sente desejo de se vestir com roupas do sexo oposto e que sente atração sexual por pessoa do mesmo sexo, assim como o homossexual. O transgênero é a pessoa que sente desejo de se vestir com roupas do sexo oposto, assim como o travesti, mas que se diferencia dele por se sentir sexualmente atraída por outra de sexo oposto, assim como o heterossexual. Transexuais são indivíduos que sentem pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico. E os intersexuais são aqueles que nascem com as

características físicas de ambos os sexos, embora normalmente se definam psicologicamente como homem, ou mulher. (BRANDÃO, 2002, p. 16 e 23)

### **3.2 A homossexualidade nas sociedades antigas**

Nos primórdios da humanidade já existiam relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Colin Spencer produziu importantes e profundas pesquisas acerca da origem da homossexualidade, que evidenciaram a manifestação de rituais homossexuais a mais ou menos dez mil anos. Segundo esse autor, em algumas tribos primitivas os rapazes de 12 ou 13 anos de idade eram penetrados por seus tios maternos, pois havia a crença de que o esperma desse parente varão era fundamental para que aqueles jovens se tornassem fortes e viris, e com isso pudessem passar da infância para a vida adulta. (SPENCER, 1999)

Dos primórdios da existência humana às primeiras civilizações, constata-se a homossexualidade como um elemento social explicitamente corriqueiro. Não restam dúvidas de que as relações homossexuais sempre estiveram presentes entre os povos antigos, dentre eles os romanos, os egípcios, os gregos e os assírios. Entre outros povos a homossexualidade chegou a ser relacionada à religião e à carreira militar, pois a pederastia era atribuída aos deuses Horus e Set, que representavam a homossexualidade e as virtudes militares entre os cartagineses, dórios, citas e mais tarde entre os normandos. (BRITO, 2000, p. 46-47).

Na Grécia e em Roma, o relacionamento estabelecido entre cidadãos do mesmo sexo fazia parte do contexto da vida das pessoas, bem como da contemplação do belo, o que, portanto, isentava de discriminação a prática homossexual. (BRANDÃO, 2002, p.31). Contudo, essa alternativa de vida era permitida apenas aos membros das camadas mais altas da sociedade, sendo comum e notória a prática da homossexualidade na vivência de deuses, reis e heróis. (BRANDÃO, 2002, p. 31-32).

A partir do sexto século a.C., cresceram as referências à homossexualidade na arte e na literatura em solo grego. De fato, a Grécia Antiga destaca-se como o momento no qual as práticas homossexuais ganharam importância na evolução da história humana, pois elas eram reconhecidas e até aconselhadas, devido à crença nos benéficos efeitos intelectuais, estéticos e éticos que propiciavam aos seus

praticantes. Identificada como uma relação mais nobre que aquela estabelecida por heterossexuais, que visava apenas à procriação, a homossexualidade era enaltecida pela mitologia grega, que descreveu histórias de casais homossexuais, estando dentre estes romances o de Zeus e Gamimede, Aquiles e Patroclo, além dos raptos de jovens idealizados por Apolo. (DIAS, 2006, p. 25-26).

A pederastia militar se fez presente na Grécia desde os seus primeiros tempos. É bem verdade que na história da Grécia Antiga intercalaram-se diferentes entendimentos quanto ao tema da homossexualidade, refletindo estes na intensidade com que era aceita a pederastas em cada momento histórico. Porém, os diversos posicionamentos sobre o assunto jamais aboliram a permissividade social da população grega aos atos praticados entre pessoas do mesmo sexo. (DAGNESE, 2000, p.14).

Em Esparta a pederastia fazia parte do processo educativo dos jovens que pertenciam à aristocracia, pois eles eram incentivados a manterem relações sexuais com pessoas do mesmo sexo. De fato, a homossexualidade em Esparta era uma consequência direta da notória valorização do universo masculino e viril. (DAGNESE, 2000, p.14).

Era comum, neste período, que homens maduros, maiores de 25 anos (erastes), membros da alta sociedade grega, se relacionassem sexualmente com outros mais novos, com idade entre 12 e 15 anos (o erômenos), até os 18 anos de idade. Aos erastes incumbia a missão de ensinar o método do sexo aos jovens rapazes, transformando-os em cidadãos mais preparados para a guerra e a política. Vale destacar o empenho das próprias famílias dos aprendizes na indicação e iniciação dos seus adolescentes aos possíveis preceptores sexuais, que os escolhia através de um rapto. (DAGNESE, 2000, p.14).

Na Grécia, os adolescentes que não eram raptados e não iniciavam sua vida sexual com um pederasta, eram vistos como pessoas inferiores e rejeitadas. (BREMNER, 1995, p. 37)

Relações de lesbianismo entre mulheres mais velhas e moças jovens também

foram relatadas no período grego arcaico em algumas regiões da Grécia<sup>1</sup>. Tais fatos foram retratados em vasos de cerâmica encontrados na ilha grega de Thera, nos quais se encontram esboçados a figura de duas pessoas do sexo feminino se convidando para o ato sexual. (LARDINOIS, 1995, p. 68).

Contudo, há uma ponderação a ser feita. Na Grécia Antiga havia preconceito contra o indivíduo passivo da relação homossexual. Neste sentido:

Na Grécia Antiga a homossexualidade estava além do que era previsto, a atração sexual de homem por homem já tinha a prática da penetração. Mesmo se tratando de uma prática desprezível, está só era admitida entre grego e escravo, sendo o segundo o sujeito passivo do ato. (LACERDA, 2007, p. 01)

Nos jogos olímpicos, os competidores se exibiam completamente nus como uma forma de enaltecer a beleza física do corpo masculino. As mulheres eram proibidas de comparecer aos locais dos jogos devido à crença na sua incapacidade intelectual para apreciar o belo. E no teatro os personagens femininos eram interpretados por homens travestidos. (DIAS, 2006, p.25-26)

Deixando a civilização grega e passando para a civilização romana, constata-se que são abundantes as fontes históricas disponíveis sobre a prática da homossexualidade na Roma Antiga. Neste sentido, cita-se:

Roma não esperou a helenização para mostrar indulgência em relação a uma certa forma de amor masculino. O monumento mais antigo que se conservou das letras latinas, o teatro de Plauto, imediatamente anterior à gregomania, está repleto de alusões homófilas de um sabor bastante nativo. No calendário do Estado romano chamado os Fastos de Preneste, o dia 25 de abril é a festa dos prostitutas masculinos, que segue-se imediatamente à festa das cortesãs, e Plauto fala-nos desses prostitutas que esperavam os clientes na Rua da Toscana.(VEYNE, 1992, p. 62).

---

<sup>1</sup> A saber acerca do lesbianismo: “O historiador romano Plutarco dizia, no século 1, que na cidade grega de Esparta todas as melhores mulheres amavam garotas. Apesar disso, há muito pouco registro sobre o lesbianismo até pelo menos o século 18. Os termos “lesbianismo” e “lésbica”, aliás, têm origem na ilha grega de Lesbos, no mar Egeu, local de nascimento da poetisa Safo (610-580 a.C.) – seu nome originou a palavra “safismo”. Embora os livros de Safo tenham sido queimados por ordem de Gregório de Nazianzus, bispo de Constantinopla, cerca de 200 fragmentos resistiram ao tempo e ao cristianismo. Os poemas revelam uma paixão exuberante ao amor feminino, o que faz crer que a autora tenha partilhado desse sentimento. É impossível, no entanto, afirmar se a autora realmente amou as mulheres que enaltece em seus poemas – ou se era apenas uma questão de estilo. Um dos primeiros códigos legais a fazer menção ao homossexualismo feminino é um francês de 1270. Ele estabelecia que o homem que mantivesse relação homossexual deveria ser castrado e, se reincidente, morto. E também que uma mulher que tivesse relações com outra mulher perderia o “membro” se fosse pega. Que “membro” seria cortado, porém, o código não especifica.” (RODRIGUES, LIMA, 2008).

Em Roma, assim como na Grécia, as relações homossexuais, além de representarem uma valorização do belo, também eram encaradas como uma forma de se transmitir e adquirir sabedoria. A relação homossexual era tão natural quanto aquela estabelecida entre pessoas de sexos opostos. Contudo, de forma similar ao povo grego, os romanos censuravam fortemente aqueles que figuravam no pólo passivo da relação sexual homossexual. (BRANDÃO, 2002, p.22).

Segundo Maria Berenice Dias, o preconceito existente na sociedade romana também estava atrelado apenas à passividade sexual e à impotência política, estando entre estes os cidadãos excluídos da estrutura do poder tais como os jovens, as mulheres e os escravos. (DIAS, 2006, p.29-30).

Em resumo, pode-se definir a homossexualidade na civilização romana com os seguintes dizeres:

A sexualidade em Roma manteve, a princípio, o mesmo modelo 'bissexual' anterior, no sentido de ser comum o amor de homens mais velhos por meninos-adolescentes, mas com uma diferença, ao mesmo tempo sutil e perceptível: o extremo valor dado pelos romanos à virilidade masculina e àquilo que entendiam por virilidade. O macho romano se via como um dominador agressivo e acreditava que, quando forçava outros a se submeterem, estava lhes proporcionando prazer. (VECHIATTI, 2008, p. 45)

Verifica-se, portanto, que a homossexualidade era considerada como um comportamento normal nas sociedades antigas, e até incentivado em alguns casos, e que o casamento era vedado a duas pessoas do mesmo sexo somente porque naquela época o casamento visava exclusivamente à procriação.

### **3.3 A homossexualidade na Idade Média**

No século IV, o Império Romano tornou o cristianismo sua religião oficial, com a subida de Constantino ao poder. Nessa época, as relações homossexuais passaram a ser compreendidas como uma ameaça à estrutura social, e os homens que mantinham relações sexuais com outra pessoa do mesmo sexo passaram a ser condenados à fogueira e à castração. Pretendia-se, com essas medidas, promover e assegurar a procriação e o crescimento da população romana. Esse período marca do fim da Antiguidade e o início da Idade Média. (LEROY; FORGEOT, 1997, p. 26).

O julgamento que as sociedades antigas faziam a respeito das relações homossexuais modificou-se radicalmente com a ascendência da cultura judaico-cristã, onde a homossexualidade era e ainda é considerada como um vício. A Sagrada Escritura cita com veemência os homossexuais entre os que não herdarão o Reino de Deus. Inaugurou-se a Idade Média e nela ocorreram as primeiras manifestações de preconceito e intolerância contra a homossexualidade.

Na Idade Média, o poder político se misturava e até se confundia com o poder da Igreja Católica Apostólica Romana. Esta passou a defender apenas a família matrimonializada entre um homem e uma mulher e visando exclusivamente à prole. Dessa forma, o sexo se afastou das idéias de prazer e desejo para se ocupar apenas com a finalidade da procriação.

A Bíblia rejeita a homossexualidade e atribui o aniquilamento dos povos de Sodoma e Gomorra à prática da sodomia<sup>2</sup>.

A perseguição contra os homossexuais se intensificou ainda mais ao longo da Idade Média, pois a Igreja e o poder político atrelaram a homossexualidade aos atos de feitiçaria e demonismo. A aceitação dos homossexuais se exauriu, principalmente entre os anos de 1348 e 1350, quando a peste negra devastou a Europa e os líderes políticos da época, sob forte influência do clero, relacionaram esta catástrofe à prática de atos sexuais imorais, como aqueles praticados fora do casamento e sem fim procriativo. (VECHIATTI, 2008, p. 5).

Ampliou-se a perseguição e o preconceito contra os homossexuais. Porém, é notório o fato de que a homofobia instaurada na “Idade das Trevas”, ao invés de evitar totalmente as relações homossexuais, falhou na medida em que tais atos mantiveram-se às escondidas e discretamente, no intuito de evitar a perseguição discriminatória da sociedade medieval. (VECHIATTI, 2008, p.5).

Na verdade, o próprio meio monástico, ao contrário do que se pensava à época, surgiu como um ambiente propício para a prática da homossexualidade, conforme o seguinte relato:

---

<sup>2</sup> "Segundo Jacques de Sole, Já na Antiguidade e durante a Idade Média o vocabulário teológico-moral cristão englobava, sob o conceito de sodomia, tanto o sexo oral e anal (fora ou dentro do casamento), quanto a relação sexual exclusivamente entre pessoas do mesmo sexo" (TREVISAN, 2000, p. 110). No Dicionário Aurélio, conceitua-se este termo como: "Sodomia. Prática sexual anômala, entre indivíduos do mesmo sexo (homossexualismo) e de sexos diferentes. (FERREIRA, 1980, p. 1582).

Na Idade Média, o meio monástico era um terreno propício para a sodomia: a Regra de São Bento previa que os monges deviam dormir cada um em uma cama, de preferência em um mesmo local, com sacerdotes mais antigos que cuidariam deles. Os regulamentos de Cluny proibiam que os noviços ficassem sozinhos ou na companhia de um só professor. Se um dentre eles, à noite, tivesse de sair para satisfazer suas necessidades, tinha de estar acompanhado por um mestre e por outro jovem munido de lanterna.

Por volta de 1051, São Pedro Damiano escreveu um longo tratado, O livro de Gomorra, comentando especialmente as relações sexuais entre homens, sobretudo entre clérigos. Acusava os padres de ter relações com seus seguidores e afirmava que muitos deles, para escapar às sanções da Igreja, se confessavam a outros clérigos homossexuais. (VERDON, 2007, p.83-84).

Humberto Rodrigues e Cláudia de Castro Lima, corroborando com o explanado acima, lecionam:

Durante muito tempo, até meados do século 14, no entanto, embora a fé condenasse os prazeres da carne, na prática os costumes permaneciam os mesmos. A Igreja viu-se, a partir daí, diante de uma série de crises. Os católicos assistiram horrorizados à conversão ao protestantismo de diversas pessoas após a Reforma de Lutero. E, com o humanismo renascentista, os valores clássicos – e, assim, o gosto dos antigos pela forma masculina – voltaram à tona. Pintores, escritores, dramaturgos e poetas celebravam o amor entre homens. Além disso, entre a nobreza, que costumava ditar moda, a homossexualidade sempre correu solta. E, o mais importante, sem censura alguma – ficaram notórios os casos homossexuais de monarcas como o inglês Ricardo Coração de Leão (1157-1199). (RODRIGUES, LIMA, 2008, p. 86).

Logo, tudo aquilo a que a Igreja se opôs na Idade Média, se manteve até mesmo dentro de seus templos sagrados. O que demonstra que a homossexualidade não é um resultado da cultura social, mas sim um fator inato à natureza humana.

Na Idade Média, portanto, a homossexualidade passou a ser vista como um mal a ser combatido a qualquer preço pela sociedade, e por isso era natural que essa sociedade não concedesse a duas pessoas do mesmo sexo o direito de se casarem.

### **3.4 A homossexualidade na Idade Moderna**

Na Idade Moderna a Igreja Católica perdeu grande parte do seu poder. Mas o preconceito que essa instituição instaurou contra a homossexualidade durante a



Idade Média já havia criado raízes em diversas sociedades. Por isso, mesmo nos Estados onde a Igreja Católica havia sido abolida, os homossexuais ainda assim foram perseguidos.

Na Inglaterra, por exemplo, a Igreja Católica foi substituída pela Igreja Anglicana no século XVI, após o rompimento de Henrique VIII com aquela instituição. Mesmo com esta nova Igreja, nunca se assistiu, com o passar de quatro séculos, a um posicionamento contrário à normativa vigente em solo inglês, o qual estabelecia a homossexualidade como um tipo de crime. De fato, esta normativa perdurou perseguindo os homossexuais até a metade da década de 60 do século passado. (RIBAS, 2002, p. 80-83).

Neste sentido, sabe-se que na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália, que eram países católicos, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda, que eram protestantes, castigavam rigorosamente a sodomia. Aqueles que a praticavam eram punidos com penas que iam desde sanções mais leves, como multas, prisões, arresto de bens, expulsão da cidade ou do país e trabalho forçado, a sanções mais pesadas como marca na pele com ferro em brasa, açoite público, castração, amputação das orelhas e até a morte por meios cruéis como o enforcamento, a queimadura e o afogamento. (TREVISAN, 2000, p.127).

Da Idade Moderna aos tempos atuais, foram reduzidas a perseguição e a penalização da homossexualidade. Porém, alguns Estados ainda mantêm um sistema discriminatório às práticas homossexuais com os mesmos traços das citadas civilizações dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Nos países em que a religião oficial é a Islâmica, mesmo nos dias atuais, a homossexualidade ainda é tratada como um crime por contestar os costumes religiosos.

Em 2009, a ILGA (Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais e Intersexuais) divulgou um relatório onde demonstrou claramente a perseguição homofóbica ainda existente nos países muçumanos. De fato, tal relatório concluiu o seguinte:

A homossexualidade é considerada ilegal pela legislação vigente de 80 países do mundo e em sete deles pode ser punida com a morte, segundo informa um relatório apresentado hoje pela Associação Internacional de

Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (ILGA). O documento relata que em 115 países a homossexualidade é legal, mas se mantém como ato criminoso em 80 e possui status indefinido em dois (Djibuti e Iraque). Ato considerados homossexuais podem ser punidos com a morte no Irã, Mauritânia, na Arábia Saudita, no Sudão, no Iêmen e em determinadas regiões da Nigéria e da Somália - todos eles países onde a religião predominante é muçulmana. (OITENTA..., 2009).

Ocorre que esta reprovação contemporânea à homossexualidade não se encerra somente na religião Islâmica. A religião Católica, apesar de não mais perseguir os homossexuais, desaprova severamente o relacionamento sexual entre pessoas do mesmo sexo. Recentemente o Vaticano vem reafirmando sua posição contrária à homossexualidade, com posturas que vão desde a condenação da união civil entre pares homoafetivos, à negativa de assinar uma declaração apresentada pela França, na ONU (Organizações das Nações Unidas), que propõe aos Estados que ainda criminalizam a homossexualidade deixarem de fazê-lo. O Papa Bento XVI, em recentes declarações, pediu à humanidade que se resguarde da homossexualidade, e afirmou que o casamento entre pessoas do mesmo sexo representa uma ameaça para o futuro das famílias e dos bons costumes. (LOPES, 2012).

Enfim, a discriminação contra os homossexuais existe há séculos. Mas, mesmo com toda a repressão social, os homossexuais nunca deixaram de existir, até mesmo no momento em que sua perseguição se fez mais presente e grave, ou seja, na Idade Média.

Conforme foi demonstrado, até mesmo dentro da Igreja Católica a homossexualidade persistiu, passando pela Idade Moderna, com monarcas como Maria Antonieta (1755-1793) e personalidades como Oscar Wilde (1854-1900), e chegando aos dias atuais com maior aceitação social, mas não total aprovação, pois, como será demonstrado, mesmo nos dias de hoje o preconceito contra os homossexuais se faz presente na sociedade. (RODRIGUES; LIMA, 2008).

A família heterossexual evoluiu uma vez que “as estruturas familiares são guiadas por modelos diferentes, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p.3). Com o passar dos séculos, ficou demonstrado que esta família, tanto abordada pela doutrina especializada, passou por uma revolução interna e estrutural. A valorização do afeto alcançou o

seu ápice nas relações familiares e o núcleo voltou-se para o atendimento dos desejos e das vontades individuais dos seus componentes. A liberdade passou a ser um pressuposto da atuação dos membros de uma unidade familiar.

De forma contrária, as uniões homoafetivas trocaram a mais clara liberdade vivenciada na Antiguidade pela repressão e clandestinidade da Idade Média, postergada, em termos, até os dias atuais. As relações afetivas heterossexuais e homossexuais, fontes dos núcleos familiares, sempre estiveram presentes na história da humanidade. Porém, o curso da história as colocou em posições e realidades diferentes.

A família heterossexual evolui e se destacou, ao passo que as uniões homossexuais se ocultaram. Porém, ocultar não é o mesmo que desaparecer. São as uniões homossexuais núcleos permanentes da existência humana. Nesse sentido, Humberto Rodrigues e Cláudia de Castro Lima citando William Naphy, diretor do colégio de Teologia, História e Filosofia da Universidade de Aberdeen, no Reino Unido, no livro *Born to Be Gay – História da Homossexualidade* - transcrevem que homossexualidade “não pode ser considerada antinatural ou anormal. Não há dúvida de que a homossexualidade é e sempre foi menos comum do que a heterossexualidade. No entanto, a homossexualidade é claramente uma característica muito real da espécie humana.” (RODRIGUES; LIMA, 2008).

Após demonstrar que a homossexualidade sempre existiu na história da humanidade, mesmo nas épocas em que sofreu intenso preconceito, cumpre destacar que a história também registra casos de personalidades importantes que se envolveram com outra do mesmo sexo. Dentre eles podem ser citados: Alexandre, o Grande (356-323 a.C.), Júlio César (100-44 a.C.) - que teve aos 19 anos um relacionamento com o rei Nicomedes -, Calígula (12-41 d.C.), Nero (37-68), os monarcas franceses Henrique III (1551-1589) e Maria Antonieta (1755-1793), os monarcas ingleses Ricardo I (1157-1199) e Jaime I (1566-1625), o monarca escocês Jaime IV, e o dramaturgo inglês Oscar Wilde inglês (1854-1900). (RODRIGUES; LIMA, 2008).

No século XIX, muitos Estados da Europa deixaram de tratar a sodomia como crime em seus textos legais. De fato, desde meados do século XVIII, os europeus,

sob a influência da filosofia das “luzes”<sup>3</sup>, já censuravam os tribunais inquisitivos. Tal mudança de postura surge como uma consequência direta da criação das teorias positivistas do novo século.

Estas modernas teses trouxeram um avanço para a ciência, que passou a caminhar por trilhos antes só desbravados e retratados pela fé cristã. Temas como a sexualidade do ser humano foram abordados e estudados pela burguesia, que buscou adaptar seus entendimentos e conceitos àquilo que o Estado entendia como mais conveniente para a vivência social.

Assim, as transformações ocorridas nas sociedades ao longo dos séculos XVIII e XIX elaboraram um novo discurso sobre o sexo e as pessoas, delineando as práticas, falhas, moléstias e seus agentes. (FOUCAULT, 1984, p.43).

Porém, este avanço dado à temática sexual no continente europeu não se mostrou suficiente para extinguir a perseguição empreendida contra os homossexuais no mundo. Reduziu-se o radicalismo com que a Igreja perseguia os homossexuais, mas “manteve-se o preconceito na medida em que o Estado burguês, a partir de então, tornou-se o responsável pela definição da verdade sobre o sexo do homem.” (FOUCAULT, 2007, p.77).

A *scientia sexialis*, de Foucault, proclamou a heterossexualidade como a única sexualidade conveniente e útil à boa estruturação e funcionamento da sociedade, sendo a homossexualidade reduzida à marginalidade. Surgiu a “Heteronormatividade”, termo concebido para descrever as normas contra as quais os não-heterossexuais protestam. (HETERONORMATIVIDADE, 2012).

Na idade Moderna a homossexualidade ainda era vista pela sociedade como algo indesejado e, por isso, as sociedades dessa época não regulamentaram a união entre pessoas do mesmo sexo.

### **3.5 A homossexualidade no Brasil do início do século XX**

O Brasil, depois que se libertou de Portugal, nunca criminalizou a homossexualidade, apesar de ser um país muito influenciado pela religião católica. Contudo, isto não significa que a população brasileira sempre aceitou e respeitou as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>3</sup> Termo que faz referência ao “Século das Luzes” (século XVIII), utilizado por alguns autores de história para se referir ao período do Iluminismo na Europa.

Durante o período colonial brasileiro, a homossexualidade era uma prática comum entre os índios, conforme relatou o português Pero de Magalhães Gândavo, em 1576, e o botânico alemão Carl Friedrich Von Martius, no início do século XIX. Citado por Trevisan, Abelardo Romero declara que os portugueses, influenciados pela cultura cristã, se escandalizavam com a prática da “sodomia” ou “sujidade” que “grassava há séculos, entre os brasis, como uma doença contagiosa” (TREVISAN, 2000, p.101).

Neste sentido, Gabriel Soares Souza bem explica:

Os Tupinambá, não contentes em andarem tão encarniçados na luxúria naturalmente cometida, são muito afeiçoados ao pecado nefando, entre os quais se não tem por afronta. E o que se serve de macho se tem por valente e contam esta bestialidade por proeza. E nas suas aldeias pelo sertão há alguns que têm tenda pública a quantos os querem como mulheres públicas. (SOUZA, 1971, p. 308).

O preconceito existente ao tempo do Brasil colônia não se restringiu à perplexidade e ao espanto dos colonizadores europeus. A sodomia era considerada um pecado-crime tanto no Brasil colonial quanto na metrópole portuguesa. Nos anos do descobrimento, assistia-se a um entrelaçamento do poder Estatal e da Igreja, de forma que as Ordenações Manuelinas, vigentes na metrópole e na colônia, equiparavam a relação homossexual a crimes de lesa-majestade por afrontarem a pessoa do Rei e o Estado Real. (TREVISAN, 2000, p. 161-169).

As Ordenações Manuelinas estabeleceram aos sodomitas sanções como o confisco das posses e a desonra de todos os seus descendentes até a terceira geração, podendo ainda puni-los com a morte na fogueira (TREVISAN, 2000, p. 164).

Desta forma, a sodomia ou homossexualidade era considerada um crime gravíssimo no Brasil colonial, conforme registram os documentos que retratam a história da criminalização em terras pátrias (MOTT, 2001).

Vários processos foram instaurados visando punir os adeptos da sodomia ao longo de todo o período da colonização do Brasil. As sanções vinham da jurisdição secular, representada pelas Ordenações portuguesas, da jurisdição eclesiástica, e ainda da jurisdição do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, que apesar de não ter possuído em terras brasileiras sede de Tribunal Inquisitorial, se fez presente na colônia portuguesa através das Visitações Inquisitoriais, principalmente no nordeste

brasileiro, entre os anos de 1591 e 1620, onde várias confissões e acusações de práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo foram feitas ao Santo Ofício. (FRAY; MACRAE, 1991, p.50).

No século XIX, com a independência do Brasil, foi criado o primeiro Código Penal brasileiro, que não criminalizou a homossexualidade. Contudo, o preconceito contra os homossexuais, difundido pela Igreja Católica, já havia sido disseminado na sociedade brasileira da época. Por essa razão, mesmo que a homossexualidade nunca tenha sido considerada como um crime pelos Códigos Penais do Brasil, os homossexuais, principalmente os mais caricatos (como é o caso dos travestis), sempre foram perseguidos pela população e até pela autoridade policial:

Para realizar prisões de travestis [...] além da famosa acusação de 'vadiagem', usa-se também a de 'Imputação Ofensiva ao Pudor' [...] uma portaria baixada, em 1976, pelo então delegado de polícia da Seccional Centro São Paulo, determinava a prisão em flagrante de travestis encontrados na via pública [...] (TREVISAN, 2000, p. 420).

A partir da segunda metade do século XX, a sociedade brasileira, apesar de ainda ser bastante conservadora, começou a aceitar os novos modelos de família que não haviam se formado a partir do casamento. Aliás, não só as famílias não matrimonializadas ganharam reconhecimento, mas outras minorias como as mulheres e os negros, adquiriram dignidade e respeito mediante preceitos legais que os protegiam nas Constituições ou textos infraconstitucionais.

Porém, a mesma aceitação não se deu a favor dos homossexuais. O preconceito explícito dos séculos passados transformou-se em condutas veladas e ocultas, mas não menos repressoras e intimidadoras.

Na sociedade brasileira do início do século XX, portanto, a homossexualidade ainda era vista como uma conduta inadequada e, por isso, essa sociedade não regulamentou a união entre pessoas do mesmo sexo.

### **3.6 A homossexualidade na Idade Contemporânea**

O preconceito contra os homossexuais somente começou a diminuir na segunda metade do século XX, principalmente em razão das novas idéias trazidas pela psicanálise freudiana. (BRANDÃO, 2002, p.36).

Em dezembro de 1973, a Associação Psiquiátrica Americana (APA), deixou de considerar a homossexualidade uma doença e a excluiu da lista de transtornos mentais. Por essa razão, naquela mesma época, a homossexualidade também foi retirada do Código Internacional de Doenças (CID), onde era catalogada como CID 10. Em 1985, o Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM) deixou de considerar a homossexualidade como um desvio sexual. Em 1991, a Anistia Internacional passou a considerar a discriminação contra homossexuais uma violação aos direitos humanos. E em 1993, a Organização Mundial de Saúde (OMS) substituiu o termo “homossexualismo” por “homossexualidade”, porque enquanto o sufixo “ismo” designa doença, o sufixo “dade” significa modo de ser. Os cientistas concluíram que o “homossexualismo” não podia ser sustentado enquanto diagnóstico médico. (MIRANDA, 2006, p. 7-8).

Além desses avanços no conhecimento e na legislação terem favorecido os homossexuais, eles mesmos começaram a lutar pela igualdade dos seus direitos civis. No dia 28 de junho de 1969, por exemplo, ocorreu uma violenta ação policial no Bar Stonewall, famoso por reunir os homossexuais da época em Greenwich Village, na cidade de Nova Iorque. Contra esta ação preconceituosa e polêmica da força policial, eclodiu uma histórica rebelião homossexual. Nos cinco dias seguintes ao ocorrido, um grande número de homossexuais continuou a se reunir no local, protestando contra a discriminação e exigindo direitos iguais aos dos heterossexuais. Conhecido como rebelião de Stonewall, o evento é considerado a marca inicial para a maior aceitação cultural da homossexualidade no mundo todo e que ensejou a definição desta data como o “Dia do Orgulho Gay”. (DIAS, 2000, p. 34).

No Brasil, o movimento de luta pelos direitos dos homossexuais surgiu no final da década de 1970 e no início dos anos de 1980, ganhando força a partir do momento em que esse país restabeleceu a democracia como seu regime político.

A retirada da homossexualidade da lista de distúrbios mentais e emocionais por parte da Associação Americana de Psiquiatria, fez com que médicos e psicólogos passassem a estudar com afinco o tema em busca das causas ou fatores desencadeadores dessa orientação sexual.

Convicto de que a homossexualidade não era uma doença nem um desvio de comportamento, o Conselho Federal de Psicologia, com a edição da resolução 1/99,

publicada em seis artigos, proibiu que os profissionais da área tratassem a homossexualidade como doença, distúrbio ou perversão, e os impediu de oferecer qualquer tipo de tratamento para a homossexualidade <sup>4</sup>. (DIAS, 2002, p.57).

Desde que a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença, os médicos e psicólogos passaram a buscar a causa da homossexualidade, e surgiram muitas teorias sobre esse assunto.

A maioria dos psicólogos entende que a homossexualidade é fruto “de um determinismo psíquico primitivo, que tem origem nas relações parentais desde a concepção até os 3 ou 4 anos de idade, quando se constitui o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que irá determinar sua orientação sexual.” (DIAS, 2000, p.5).

No âmbito da medicina e da genética, também tem se pesquisado a causa da homossexualidade. Muitos acreditam que se fosse comprovado que a homossexualidade é determinada por um fator genético o preconceito contra o homossexual iria se extinguir porque seria comprovado que ninguém escolhe ser assim.

Até metade do século XX, essas pesquisas buscavam traçar as características anatômicas dos homossexuais. Em seguida, vieram os estudos endocrinológicos, que pesquisavam a ação dos hormônios na condição sexual dos indivíduos, sendo estes últimos fortemente combatidos e desacreditados. Uma pesquisa realizada entre gêmeos univitelinos concluiu que em mais de setenta por cento dos casos, quando um desses gêmeos é homossexual, o outro também é. (MARMOR, 1973, p. 73).

Mas, de fato, entre os importantes estudos relacionados à orientação sexual, sabe-se que a primeira grande descoberta na área médica se deu com o neurologista americano Simon Le Vay, em 1991, quando este, mediante estudos realizados com animais, descobriu que uma parte do hipotálamo estava relacionada

---

<sup>4</sup> "Art. 3º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica". (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 1999)



às práticas e desejos sexuais. A partir daí focou sua pesquisa num pequeno grupo de células do hipotálamo anterior chamado INAH3 em cadáveres de homossexuais e heterossexuais. Como resultado final de sua pesquisa, descobriu que “[...] ao comparar o tamanho da estrutura entre os sujeitos dos dois grupos, verificou que ela era em média duas vezes maior entre os homens héteros. Mais do que isso, o tamanho do INAH3 dos gays se aproximava daquele encontrado em mulheres”. (NOGUEIRA, 2006, p.56).

Esta descoberta de Le Vay foi ratificada em 2007, com uma nova pesquisa realizada pela Universidade do Oregon que comparou os cérebros de cerca de 30 carneiros héteros e homossexuais, descobrindo ao final dos estudos que “assim como em humanos, o tamanho de uma estrutura do hipotálamo associada ao comportamento sexual é menor em carneiros homossexuais, com proporções semelhantes às encontradas nos cérebros das fêmeas da espécie.” (NOGUEIRA, 2006, p.56).

Assim, a pesquisa médica prosseguiu com outras descobertas acerca da homossexualidade. Uma investigação esclarece que a deficiência do hormônio andrógeno no período que vai do 4º ao 7º mês de gestação, ocasionada pela fadiga ou do uso de drogas, propicia a não organização dos centros hipotalâmicos do cérebro que seriam responsáveis pelo amadurecimento do comportamento masculino enquanto ser adulto, sendo que a carência desses hormônios inclinaria as pessoas à prática de atos e desejos homossexuais. (SUPLICY, 1994, p. 270)

Há estudos também que mostram filhos de gestantes nascidas com hiperplasia adrenal congênita (problema que desencadeia a exposição do feto a maiores doses de hormônios masculinos ao longo da gestação) tendem a demonstrar maior interesse por relações homossexuais quando na fase adulta de suas vidas. (NOGUEIRA, 2006, p.57).

Sabe-se também que muitos estudos apontam para a possibilidade da homossexualidade ser determinada por um fator genético. O geneticista Dean Hamer (Instituto Nacional de Saúde dos EUA), sustentou em 1993, ter descoberto genes numa determinada região, que ele chamou de GAY-1, associados ao homossexualismo. Com uma pesquisa feita com 114 famílias de homossexuais disse ter encontrado um ou mais genes relacionados à orientação sexual na região q28 do cromossomo X (ou Xq28). (NOGUEIRA, 2006, p.56).

Ocorre que esta descoberta de Hammer logo foi contestada, não recebendo muita credibilidade no meio científico americano, o que fez com que o estudioso mudasse de área e abandonasse os estudos. Neste sentido:

Em 1999 o canadense George Rice examinou amostras genéticas de 52 duplas de irmãos gays e disse não ter encontrado sinais de que algum gene do Xq28 pudesse desempenhar qualquer papel relevante na orientação sexual. Essa guinada forneceu munição pesada para os céticos, que procuraram desmoralizar totalmente o trabalho de Hammer. O americano tentou argumentar que havia diferenças metodológicas importantes entre os dois estudos (como a forma pouco criteriosa pela qual o grupo canadense decidia quem era homossexual ou não), mas o estrago junto à opinião pública já estava feito. Hammer mudou de área e foi estudar a genética da religião. (NOGUEIRA, 2006, p.56-59).

Ou seja, para a sociedade brasileira contemporânea, a homossexualidade não é vista como uma anomalia, mas sim como uma característica normal da personalidade de alguns indivíduos. Logo, não se justifica negar ao homossexual o direito de constituir uma família a partir do casamento com pessoa do mesmo sexo.

#### **4 A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, é preciso saber se o princípio jurídico que elevou a união estável à categoria de entidade familiar requereu a diversidade de sexo entre os conviventes, porque, caso não tenha requerido, o Direito brasileiro autoriza duas pessoas do mesmo sexo a formarem uma família a partir da união estável. Sendo assim, não existiria razão para o Direito proibir duas pessoas do mesmo sexo de formarem uma família através do casamento também.

Como foi demonstrado no primeiro capítulo desse trabalho, a partir do momento em que a satisfação afetiva e sexual dos noivos passou a ser o princípio suprapositivo mais importante do casamento, surgiram novos modelos de família na sociedade, porque nem todas as pessoas encontravam a felicidade na família formada a partir do casamento.

São exemplos desses novos modelos de família que surgiram na sociedade: a união estável entre o homem e a mulher, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, dentre outros.

Quando o Brasil restabeleceu a democracia como seu regime político e oficializou essa decisão com a promulgação da Constituição de 1988, esse documento jurídico elevou os novos modelos de família que surgiram na sociedade à categoria de entidade familiar, através do princípio jurídico contido em seu artigo 226.

Contudo, esse princípio jurídico, que reconheceu como entidade familiar os novos modelos de família que surgiram na sociedade, se referiu de maneira expressa somente a dois desses novos modelos: a união estável entre o homem e a mulher, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Surgiu, assim, uma divergência entre os juristas do Brasil. Alguns juristas afirmam que somente aqueles dois novos modelos de família, dentre os vários modelos que surgiram na sociedade, foram elevados à categoria de entidade familiar pela Constituição de 1988. Outros juristas afirmam que todos os novos modelos de

família que surgiram na sociedade contemporânea foram elevados à categoria de entidade familiar pela Constituição de 1988, e que esse documento jurídico se referiu de maneira expressa a somente dois modelos porque fez isso a título meramente exemplificativo.

#### **4.1 A união estável entre pessoas do mesmo sexo como um fato juridicamente inexistente no Brasil**

Os juristas que afirmam que o princípio contido no artigo 226 da Constituição de 1988 não reconheceu como entidade familiar a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo se baseiam no sentido literal daquele princípio.

De acordo com esses juristas, a união estável entre pessoas do mesmo sexo não foi elevada à categoria de entidade familiar, porque o princípio jurídico contido no artigo 226 da Constituição de 1988 requereu expressamente a diversidade de sexos entre os conviventes. Ou seja, se a Constituição de 1988 quisesse elevar a união estável entre pessoas do mesmo sexo à categoria de entidade familiar, não teria requerido de maneira expressa a diversidade de sexos entre os conviventes.

A forma como a norma jurídica contida no artigo 1.723 do Código Civil de 2002 previu a união estável deu força ao posicionamento desses juristas. Essa norma jurídica declara que reconhece “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A diversidade de sexos entre os conviventes, portanto, é um dos elementos contidos na hipótese de fato da norma jurídica que prevê a união estável. E como a união estável entre pessoas do mesmo sexo não satisfaz a esse elemento, conseqüentemente, ela não se transforma numa entidade familiar.

Para fazer essa afirmação, esses juristas se baseiam na teoria que diz que um “fato” somente se transforma em “fato jurídico” quando satisfaz a todos os elementos na hipótese de fato uma norma jurídica. Logo, se determinado fato não satisfaz a um dos elementos contidos na hipótese de fato de certa norma jurídica, ele não se transforma em fato jurídico. É um fato juridicamente inexistente. (MELLO, 2010, p.102)

Conseqüentemente, a união estável entre pessoas do mesmo sexo seria um fato juridicamente inexistente.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, embora não concordem que a diversidade de sexos entre os conviventes seja um fator elementar para a configuração da união estável, lecionam que a maioria dos juristas brasileiros entende que aquele requisito é um fator realmente elementar para essa configuração:

O primeiro requisito subjetivo da união estável é a heterossexualidade. Seus integrantes hão de formar, necessariamente, um casal. Uma mulher e um homem é que, entre si, constituem tal espécie familiar. Assim determinam a Constituição Federal e todas as leis infraconstitucionais regulamentadoras (Lei nº 8.971/94, Lei nº 9.278/96 e Lei nº 10.406/02)

Posto nesses moldes o ordenamento jurídico, da sua leitura, a *contrario sensu*, deduz-se que dois homens ou duas mulheres, ainda que cumpram com os demais pressupostos, não comporão união estável. A homossexualidade é fator suficiente a desfigurar tal família.

Esse é o raciocínio linear ressonante na jurisprudência e na doutrina. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 304-305)

#### **4.2 A união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no Brasil**

Outros juristas afirmam que, além da união estável entre o homem e a mulher, e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, a união estável entre pessoas do mesmo também foi elevada à categoria de entidade familiar pelo princípio jurídico contido no artigo 226 da Constituição de 1988.

Para fazer essa afirmação, aqueles juristas não se baseiam no sentido literal do princípio jurídico contido no artigo 226 da Constituição de 1988, mas sim no sentido que esse princípio jurídico assume quando deixa de ofender aos princípios positivos constitucionais.

De acordo com aqueles juristas, é necessário que todos os demais princípios e normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro obedeçam ao pressuposto de legitimidade de não ofender aos princípios positivos constitucionais, porque esses princípios são os mais importantes de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil. Portanto, prosseguem esses juristas, o princípio jurídico contido no artigo 226 da Constituição de 1988, deve ser interpretado de acordo com os princípios positivos constitucionais.

A interpretação literal do princípio contido no artigo 226 da Constituição de 1988, e da norma contida no artigo 1.723 do Código Civil, ofende, principalmente, ao princípio da igualdade jurídica, que é o princípio positivo constitucional que proíbe,

dentre outras coisas, que determinadas características da pessoa, como sua origem, sexo, idade, religião e orientação sexual, sejam utilizadas para discriminá-las.

De acordo com Fernanda Louro Figueiras:

Os Estados Democráticos de Direito consagram, como seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, suas manifestações e a igualdade de todos perante a lei.

[...]

A exigência da diversidade de sexo para que se configure uma união como estável acaba por ferir os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, reconhecidos na Constituição da República de 1988 como fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III).

[...]

No âmbito da sexualidade, o princípio da igualdade mereceu especial proteção mediante qualquer discriminação sexual infundada, especificamente no inciso I do artigo 5º, ao assegurar a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

[...]

Uma das espécies do gênero *discriminação sexual* é a discriminação por orientação sexual. A ausência de explicitação na norma constitucional não importa em afastar da proibição de discriminação, a orientação sexual, mesmo porque a parte final do artigo 3º, inciso IV, demonstra que a enumeração constitucional convive com a abertura para qualquer forma diversa de discriminação. (FIGUEIRAS, 2003, p. 103)

Quando o princípio positivo contido nos artigos 226 da Constituição de 1988 e a norma jurídica contida no artigo 1.723 do Código Civil são interpretados de maneira literal, a orientação sexual é utilizada para discriminar os homossexuais, porque aquele princípio e norma não conferem a esses indivíduos o mesmo direito que confere aos heterossexuais, que é o direito de formar uma família a partir da união estável.

Ou seja, de acordo com o princípio da igualdade jurídica, se um casal heterossexual tem o direito de formar uma entidade familiar a partir da união estável, um casal homossexual tem esse mesmo direito, porque, do contrário, a orientação sexual estaria sendo utilizada para discriminar uns indivíduos em relação aos outros.

Quando o princípio jurídico contido no artigo 226 da Constituição de 1988 é interpretado de acordo com o princípio da igualdade jurídica, portanto, ele reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, porque, do contrário, a orientação sexual seria utilizada para discriminar alguns indivíduos.

Nesse sentido:

Embora a *Lex Fundamentallis* não tenha expressamente contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistemática do ordenamento jurídico conduz, com tranquilidade, a essa conclusão. Máxime quando considerado os princípios basilares constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), da não discriminação, inclusive por opção sexual (CF, art. 5º), e do pluralismo familiar (CF, art. 226), consagrando diferentes modelos de entidades familiares. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p.54).

Assim como a união estável entre o homem e a mulher somente será elevada à categoria de entidade familiar se preencher a todos os elementos da hipótese de fato da norma jurídica contido no artigo 1.723 do Código Civil, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, para ser elevada àquela categoria, precisa satisfazer a esses mesmos elementos, afirmam os juristas que consideram a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar.

O artigo 1.723 do Código Civil declara que a união estável entre o homem e a mulher se configura a partir da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sendo assim, a união estável entre pessoas do mesmo sexo também se configura a partir da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Nesse sentido:

É perfeitamente possível a inclusão, dentro deste conceito da Família das uniões de pessoas do mesmo sexo, desde que contenham os requisitos equiparáveis aos da união estável, pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, de forma a ser uma união exclusiva e com finalidade de promover a realização dos indivíduos através da assistência afetiva.

Estando presentes estas características mínimas para o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões de pessoas do mesmo sexo, é possível afirmar-se que estão abrangidas pela proteção constitucional à Família. Pode-se considerá-las como entidades familiares, dignas de proteção constitucional, em consonância com os princípios constitucionais da pluralidade, não discriminação, fraternidade, igualdade e liberdade. (NAHAS, 2009, p. 136 e 137).

De acordo com o sentido que os princípios jurídicos que prevêm a união estável assumem quando são interpretados em conformidade com os princípios positivos constitucionais, portanto, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar.

### 4.3 A união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar para o Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o ordenamento jurídico brasileiro considera a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar.

Para tomar essa decisão, o Supremo Tribunal Federal se baseou teoria que diz que todos os princípios e normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro devem se conformar com os princípios positivos constitucionais, porque esses são os princípios fundamentais daquele ordenamento desde que o Brasil restabeleceu a democracia em 1988.

Portanto, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o princípio contido no artigo 226 da Constituição de 1988, e a norma contida no artigo 1.723 do Código Civil, devem se conformar com os princípios positivos constitucionais, que são os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, dentre outros.

Assim, quando o sentido literal de um princípio ou de uma norma ofende aos princípios positivos constitucionais, deve-se buscar o sentido que aquele princípios, ou norma, assumem quando deixam de ofender aos princípios positivos constitucionais.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, os princípios e normas jurídicas que prevêm a união estável no ordenamento jurídico brasileiro não podem ser interpretados não de maneira literal, mas devem ser interpretados em conformidade com os princípios fundamentais desse ordenamento jurídico, que são os princípios da Constituição de 1988.

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios. Ensina José Afonso da Silva que “a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de



*três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de ‘hermenêutica contextual’*” (SILVA, José Afonso da – *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15). No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema. (BRASIL, 2011).

E ainda complementa a ministra:

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos. (BRASIL, 2011).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, os princípios e normas jurídicas que prevêm a união estável devem se conformar com o princípio da igualdade jurídica, que decorre do princípio da dignidade humana e que proíbe que a orientação sexual seja utilizada para discriminar um indivíduo dos demais.

De acordo com o voto do Ministro Relator Ayres Britto:

[...] O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

[...] Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. A teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior [...] se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. (BRASIL, 2011).

Ao final do voto, o Ministro relator assim decidiu:

[...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo

perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, se a principal finalidade da família brasileira contemporânea é alcançar a felicidade de cada um dos indivíduos que a compõe, o ordenamento jurídico brasileiro ofenderia os princípios da dignidade humana, da igualdade jurídica e da liberdade jurídica, se deixasse de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo com uma entidade familiar, porque essa união satisfaz àquele principal objetivo da família. De acordo com o Ministro Marco Aurélio de Melo:

[...] Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I. (BRASIL, 2011).

Esse Ministro também destacou o grande preconceito que ainda existe na sociedade contra os homossexuais, e a falta de aprovação de projetos de leis que visem regularizar a situação dos homossexuais na sociedade brasileira.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

[...] A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. (BRASIL, 2011).

O ministro Joaquim Barbosa evidenciou o fato de que cabe ao Supremo “impedir o sufocamento, o desprezo e a discriminação dura e pura de grupos minoritários pela maioria estabelecida”. Segundo o magistrado, o princípio da dignidade humana seria o pilar de sustentação para a equiparação entre as uniões

hetero e homossexuais, pois este comando constitucional pressupõe a “noção de que todos, sem exceção, têm direito a igual consideração”. (BRASIL, 2011).

A ministra Ellen Gracie destacou que o reconhecimento de direitos aos casais homossexuais situa o Brasil entre os países mais avançados do mundo. Segundo ela, “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes. O tribunal lhes restitui o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura sua dignidade, afirma sua identidade e restaura sua liberdade”. (BRASIL, 2011).

Com base nessas considerações, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ordenamento jurídico brasileiro considera a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, desde que essa união satisfaça aos elementos contidos na norma jurídica que prevê a união estável entre o homem e a mulher, que são a publicidade, a durabilidade, a continuidade e o objetivo de constituir família.

O STF também decidiu que a união estável entre pessoas do mesmo sexo deve ser regida pelos mesmos princípios e normas jurídicas que se aplicam à união estável entre um homem e uma mulher. Conseqüentemente, daquela união passaram a decorrer os mesmos direitos e deveres que decorrem dessa. Por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, os casais homossexuais obtiveram os mesmos direitos e deveres que os casais heterossexuais, destacando-se o direito à herança por morte do companheiro, o direito à comunhão parcial de bens, pensão alimentícia e previdenciária, licença médica, inclusão do companheiro como dependente em planos de saúde, entre outros benefícios. (SANTOS, 2011).

Enfim, o princípio jurídico que elevou a união estável à categoria de entidade familiar não requer a diversidade de sexo entre os conviventes, de acordo com o Supremo Tribunal Federal. Conseqüentemente, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza duas pessoas do mesmo sexo a formarem uma família a partir da união estável. Logo, não existe razão para aquele ordenamento jurídico negar a essas pessoas o direito de formar uma família através do casamento também.

É ilegítimo, portanto, o requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, porque se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza duas pessoas do mesmo sexo a formarem uma família através da união estável, não existe razão para proibi-las de constituírem uma família através do casamento também.

## **5 CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL**

Para avaliar a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, é preciso saber se esse requisito não ofende aos princípios positivos constitucionais, porque esses princípios, por expressarem os valores superiores ou fundamentais de todo o Direito e, não podem ser ofendidos pelas normas jurídicas.

São princípios positivos constitucionais os princípios da dignidade humana, da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade, da solidariedade social, além de outros princípios que decorrem desses. (MORAES, 2003, p. 85)

Os juristas que defendem a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse requisito não ofende aos princípios positivos constitucionais, porque a procriação é o princípio mais importante do casamento, e esse princípio justifica o tratamento discriminatório que o Direito confere às uniões homossexuais.

Os juristas que sustentam a ilegitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse requisito ofende aos princípios positivos constitucionais, porque a satisfação afetiva e sexual dos noivos se tornou o princípio mais importante do casamento, e esse princípio não justifica o tratamento discriminatório que o Direito confere às uniões homossexuais.

### **5.1 A legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento**

Os juristas que defendem a legitimidade do requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse pressuposto não ofende aos princípios positivos constitucionais, porque o casamento seria um instituto desenvolvido pela sociedade para atender à finalidade de promover a continuidade da humanidade. O casamento visaria à “regulamentação social do instinto de reprodução”. (MIRANDA, 1983, p. 199).

Assim, o casamento se destinaria somente aos casais que são potencialmente aptos a realizar a procriação, embora não seja necessário que eles a

realizem de maneira efetiva, porque o casamento persiste mesmo quando os cônjuges não geram filhos, seja por incapacidade biológica, seja por opção.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira:

Finalidade natural do casamento é a *procriação dos filhos*. Natural, porque os casais devem ter filhos, que lhe continuem a existência, perpetuando a espécie. Natural, *mas não essencial*, pois não são raros os casais sem filhos, como a união de pessoas que pela idade ou estado de saúde não têm condições de os ter. (PEREIRA, v. V, 1995, p. 40).

Enfim, os juristas que defendem a legitimidade do requisito de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse requisito não ofende aos princípios positivos constitucionais porque, como a procriação é o princípio mais importante do casamento, porque esse princípio justifica o tratamento discriminatório que o Direito confere às uniões homossexuais.

## **5.2 A ilegitimidade do requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento.**

Os juristas que acusam de ilegítimo o pressuposto da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, afirmam que esse pressuposto ofende aos princípios positivos constitucionais.

Para chegar a essa conclusão, esses juristas começaram questionando o princípio mais importante do casamento na sociedade contemporânea. Se esse princípio deixou de ser a procriação e passou a ser a satisfação afetiva e sexual dos noivos, após a segunda metade do século XX, não se justifica negar a duas pessoas do mesmo sexo o direito de se casarem, porque algumas pessoas são mais felizes quando se relacionam afetiva e sexualmente com outra pessoa do mesmo sexo.

Além disso, esses juristas também concluíram que, ainda que se sustente que a procriação continua sendo o princípio mais importante do casamento na sociedade contemporânea, nem assim não se justifica negar a duas pessoas do mesmo sexo o direito de se casarem, porque também elas podem ter os seus filhos através da adoção e das técnicas de reprodução assistida. Ou seja, se a procriação deixou de ser uma exclusividade do relacionamento heterossexual, não mais se justifica negar aos casais homossexuais o direito de realizar casamento.

De acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Ocorre que a procriação não pressupõe mais a conjugalidade, nem a sexualidade. Pode ocorrer sem estas, como na adoção ou na reprodução assistida, conjunta ou individualmente. Em contramão, e complementarmente, também podem conjugalidade e sexualidade se mostrarem dissociadas da procriação. Quando o sistema jurídico separa o estado de filho do estado civil dos pais, admite isso. Logo, torna-se discutível a plausibilidade de se manter a heterossexualidade do casamento como uma característica realmente elementar. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 112).

Por fim, esses juristas concluíram que, por terem deixado de existir as razões que justificavam conferir apenas a um homem e uma mulher o direito de realizar casamento, o elemento “diversidade de sexos entre os noivos”, contido na norma jurídica que prevê o casamento, viola o princípio jurídico da dignidade humana, que é o princípio positivo constitucional mais importante do ordenamento jurídico do Brasil desde que este país restabeleceu a democracia como seu regime político.

Ainda de acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues:

Por todo o exposto, parece lícito concluir que, embora o casamento tenha se transformado, em função de consideráveis alterações sociais que lhe impuseram um novo significado, ele ainda não teve sua disciplina jurídica adaptada. A existência de desconexões entre a organização proposta pelo sistema jurídico e o universo fático que se pretende organizar é flagrante. E, com isso, também ficam evidentes as violações ao paradigma, eleito constitucionalmente, de proteção à pessoa humana e de instauração de um Estado Democrático de Direito. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 113).

O princípio da dignidade humana proíbe a redução do ser humano a um mero instrumento de satisfação dos interesses de outrem, e determina que seja concedida a ele a autonomia necessária para a realização dos próprios interesses.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz Kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Nesta mesma linha de entendimento, Gomes Canotilho refere que o princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana substancia-se “no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastus el factor*). (SARLET, 2006, p. 45).

Do princípio da dignidade humana, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, decorrem o princípio da igualdade, o princípio da integridade psicofísica, o princípio da liberdade e o princípio da solidariedade social. (MORAES, 2003, p. 85)

Portanto, é necessário não ofender a esses princípios para se conceder ao ser humano a autonomia necessária para realizar os próprios interesses, e impedir que ele seja reduzido a um mero instrumento de satisfação dos interesses de outrem.

O princípio da igualdade jurídica atualmente engloba os conceitos de igualdade formal, de igualdade material e de igualdade absoluta.

O princípio da igualdade formal determina que cada ser humano seja considerado como igual aos demais, e que seja conferido a ele os mesmos direitos que são concedidos aos outros. De acordo com esse princípio, portanto, é ilegítima a norma jurídica que não concede determinado direito a um indivíduo ou grupo, enquanto confere esse direito aos demais. (MORAES, 2003, p. 86).

O princípio da igualdade material determina que sejam reconhecidas e eliminadas as diferenças existentes entre os seres humanos. De acordo com esse princípio, a pessoa que se encontra numa situação de inferioridade tem direito de receber os direitos necessários para igualar-se às demais. Portanto, porque nem todas as pessoas são iguais, quem se encontra numa situação de inferioridade tem direito de receber determinados direitos que não serão conferidos aos demais, desde que seja com a finalidade igualar-se e não privilegiar-se. (MORAES, 2003, p. 86).

O princípio da igualdade absoluta proíbe a utilização de critérios discriminatórios para basear a exclusão de um indivíduo ou grupo de determinado direito conferido aos demais. São exemplos desses critérios discriminatórios: a origem do cidadão, sua raça, seu sexo, sua orientação sexual, sua religião, sua idade etc. De acordo com esse princípio, portanto, é ilegítima a norma jurídica que se baseia num desses critérios discriminatórios para não conceder determinado direito a um indivíduo ou grupo, enquanto o confere aos demais. (MORAES, 2003, p. 90).

O princípio da liberdade determina que o limite que incide sobre a liberdade do ser humano é legítimo quando é igual ao limite que restringe a liberdade dos demais. Ou seja, a liberdade de uma pessoa não pode ser limitada de maneira arbitrária ou de acordo com a vontade de um indivíduo ou grupo, ainda que majoritário, mas deve ser restringida na mesma medida em que é a liberdade de todos. (SILVA, 1995, p. 227).

O princípio da integridade psicofísica determina que seja permitido ao ser humano lutar pelo seu bem estar da forma mais ampla possível. O bem estar psíquico do ser humano é alcançado na medida em que ele é livre para viver de acordo com sua personalidade, ou para fazer suas próprias escolhas, o que pressupõe que ele tenha acesso à educação e à cultura. E a saúde física do ser humano é alcançada não apenas quando ele tem respeitado seu direito de não ser ofendido fisicamente, mas também quando tem assegurado seu direito de ser alimentado de maneira adequada, de residir em local que atenda às exigências de sua saúde, de praticar esporte, de receber tratamento médico e dentário etc. (MORAES, 2003, p. 94).

O princípio da solidariedade social, além de obrigar o respeito à dignidade do ser humano, impõe a promoção dessa dignidade. Isso implica em que o Direito não pode se limitar a reprimir a violação à dignidade do ser humano, mas deve ainda adotar posturas ativas visando promovê-la. (MORAES, 2003, p. 110).

Diversos outros direitos decorrem do princípio da dignidade humana, como o direito à intimidade, o direito à honra e à imagem, o direito de liberdade de opinião, o direito à liberdade de religião etc. Mas, todos esses direitos se originam dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade social.

O elemento diversidade de sexos entre os noivos, contido na hipótese de fato do princípio jurídico que prevê o casamento, ofende o princípio positivo constitucional da igualdade jurídica, porque, sem apresentar uma justificativa legítima, não reconhece como iguais os casais homossexuais e os casais heterossexuais, já que a estes confere o direito de realizar casamento e àqueles não. Embora o ordenamento jurídico admita que um grupo de indivíduos receba determinados direitos que não são concedidos aos demais, ele requer uma justificativa legítima para essa postura. Se no passado se justificava conferir apenas aos casais heterossexuais o direito de realizar casamento, porque a finalidade desse instituto era promover a perpetuação da espécie humana e apenas aqueles casais conseguiam realizá-la, hoje essas justificativas não mais se sustentam, porque os casais homossexuais também podem ter os seus filhos através da adoção e das técnicas de reprodução assistida, e também porque a finalidade do casamento deixou de ser a procriação.



O requisito da diversidade de sexos entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, também ofende ao princípio positivo constitucional da liberdade jurídica, porque limita a liberdade dos homossexuais de maneira mais intensa do que a dos heterossexuais, já que a estes confere a liberdade de realizar casamento com quem os atrai afetiva e sexualmente, e àqueles não concede essa mesma liberdade. Se o Direito confere a um indivíduo a liberdade de se casar com quem o atrai afetiva e sexualmente, deve conceder essa mesma liberdade aos demais, ou deve apresentar uma justificativa legítima para não fazer tal concessão. E conforme foi dito, a orientação sexual da pessoa não pode justificar sua exclusão de um direito subjetivo que é conferido aos demais.

A dignidade humana é o princípio supremo do ordenamento jurídico de qualquer país de regime político democrático. Por isso, desde que o Brasil restabeleceu a democracia como seu regime político, e oficializou essa decisão com a promulgação da Constituição de 1988, esse documento jurídico tornou a dignidade humana o princípio supremo do Direito brasileiro.

Desde então, todos os demais princípios e normas jurídicas do Brasil não podem violar o princípio jurídico da dignidade humana. No Estado Democrático de Direito, portanto, o pressuposto de legitimidade de qualquer princípio ou norma jurídica é não ofender o princípio jurídico da dignidade humana, porque a Constituição de 1988 tornou esse princípio superior a todos os demais princípios e normas jurídicas do ordenamento jurídico nacional, ou o transformou num princípio supremo, no qual devem se basear todos os demais princípios e normas jurídicas brasileiras.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes:

No Direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República. A dignidade humana, assim, não é criação de ordem constitucional, embora seja por ela protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. [...] é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui. (MORAES, 2003, p. 83).

A comunidade jurídica nacional não diverge sobre a necessidade de qualquer princípio ou norma jurídica do país se conformar com os princípios positivos

constitucionais, porque esses princípios representam um limite para o exercício legítimo da atividade dos órgãos estatais e dos cidadãos também, pois, sem esse limite, a democracia poderia ser facilmente desvirtuada.

Nenhum comportamento estatal ou particular poderá refugir, de forma exceptiva, ao quanto foi constitucionalmente positivado nas normas principais. Nem a produção normativa do Estado (leis, atos administrativos e sentenças) ou da sociedade (contratos, convenções etc) poderá não aderir ao principiologicamente posto na Constituição. Ou seja, comportamentos ou normatizações que não acolham a idéia de Direito principiológica e constitucionalmente estabelecida serão tidas como inválidas, por contrastantes às normas de cunho constitucional. (SPÍNDOLA, 1999, p.87).

Os princípios positivos constitucionais representam, portanto, um limite para a atividade do Legislativo. Isso implica em que esse órgão deve construir somente normas jurídicas que não ofendam àqueles princípios. Ou seja, o Legislativo não é livre para criar normas jurídicas exclusivamente de acordo com a vontade da maioria desse órgão, pois a norma jurídica criada por decisão da maioria deve se submeter ao pressuposto de se não violar aos princípios positivos constitucionais. Somente as normas jurídicas que obedecem a esse pressuposto podem ser consideradas legítimas. O Legislativo poderia desvirtuar a democracia se fosse livre para criar normas jurídicas unicamente de acordo com a vontade da maioria dos seus membros, ou normas jurídicas que não se submetessem ao pressuposto de não ofender aos princípios positivos constitucionais.

Quando o Legislativo constrói uma norma jurídica que ofende a um princípio positivo constitucional, os cidadãos que são lesados por essa norma ilegítima têm o direito de recorrer ao Judiciário para solicitar a esse órgão que lhes restaure a lesão sofrida, pois, num Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos têm o direito de ter a sua conduta regulamentada apenas por normas legítimas.

A norma jurídica que prevê o casamento ofende aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, conforme foi demonstrado. Portanto, enquanto o Legislativo não toma a providência de corrigir a ilegitimidade dessa norma jurídica, excluindo dela o elemento “diversidade de sexos entre os noivos”, os casais homossexuais podem recorrer ao Judiciário para solicitar uma autorização para realizar casamento, porque esse órgão é o responsável por zelar pela legitimidade do ordenamento jurídico nacional.

A atividade do Judiciário também é limitada pelos princípios positivos constitucionais. Isso implica em que aquele órgão deve proferir somente sentenças que não ofendam a esses princípios. Para isso, a sentença deve se basear somente em normas jurídicas legítimas, ou seja, em normas jurídicas que se conformem com os princípios positivos constitucionais.

Consequentemente, quando o sentido literal da norma jurídica que se aplica a uma lide ofende aos princípios positivos constitucionais, o Judiciário não pode decidir essa lide com base no sentido literal daquela norma. Nesse caso, cabe ao Judiciário interpretar a norma jurídica a fim de encontrar o sentido que ela adquire quando deixa de ofender aos princípios positivos constitucionais, e é com base nesse novo sentido da norma jurídica que aquele órgão deve solucionar a lide. Se o Judiciário pudesse decidir a lide com base no sentido literal de uma norma jurídica ilegítima, ele produziria uma sentença igualmente ilegítima e, dessa forma, sua atividade desvirtuaria a democracia.

Através da *função interpretativa*, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa. (SPÍNDOLA, 1999, p. 73).

Sendo assim, se um casal homossexual solicitar ao Judiciário uma autorização para realizar casamento, aquele órgão deve decidir esse pedido com base no sentido que a norma jurídica que prevê o casamento assume quando deixa de ofender os princípios da igualdade e da liberdade. A norma jurídica que prevê o casamento deixa de ofender a esses princípios quando deixa de conter o elemento “diversidade de sexos entre os noivos”, conforme foi demonstrado. Portanto, é com base nesse sentido que a norma jurídica passa a ter que o Judiciário deve decidir o pedido de autorização para realizar casamento formulado por um casal homossexual.

É por isso que alguns juristas do Brasil afirmam que os princípios da igualdade e da liberdade constituem base para se defender o casamento realizado entre pessoas do mesmo sexo.

Mesmo que o Código Civil brasileiro vedasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo - o que em hipótese nenhuma pode ser verificado no texto legal, ainda assim, diante da Constituição de 1988, com base nos princípios

da liberdade e da igualdade, defensável seria o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p.113).

Vários casais homossexuais já estão recorrendo ao Judiciário para solicitar uma autorização para realizar casamento, e já existem decisões favoráveis, como a proferida pelo Juiz Walteir José da Silva, titular da 1ª Vara Criminal, Infância e Juventude e Execuções Fiscais da Comarca de Manhauçu. Em sua decisão, o magistrado recorreu à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, ao reconhecer a união estável homoafetiva.

De acordo com esse Juiz:

Se a lei permite a conversão da união heterossexual estável em casamento e o casamento direto entre heterossexuais, se não permitíssemos o mesmo para os homossexuais, estaríamos tratando de forma diferente situações idênticas. (PADILHA, 2012, 41)

Em um Estado Democrático de Direito, portanto, como é o caso do Brasil, o requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, ofende a alguns princípios positivos constitucionais e, portanto é ilegítimo.

## 6 CONCLUSÃO

Foi demonstrado que na segunda metade do século XX o princípio suprapositivo mais importante do casamento na sociedade brasileira deixou de ser a procriação e passou a ser satisfação afetiva e sexual dos noivos. Desde então, o requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, se tornou ilegítimo, porque esse requisito contraria aquele princípio suprapositivo ao obstar que os homossexuais busquem satisfação afetiva e sexual no casamento.

Além disso, também foi demonstrado que, ainda que se considere que a procriação permanece sendo o princípio suprapositivo mais importante do casamento na sociedade brasileira contemporânea, nem assim se justificava o requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, porque duas pessoas do mesmo sexo podem ter os seus filhos através da adoção e das técnicas de reprodução assistida.

Em seguida, foi demonstrado que a sociedade contemporânea não considera a homossexualidade como uma anomalia, mas sim como uma característica normal da personalidade de alguns seres humanos. Sendo assim, não existe justificativa para impedir que um homossexual forme uma família com pessoa do mesmo sexo, seja através da união estável, seja através do casamento.

Foi demonstrado, ainda, que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Direito brasileiro considera a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, bastando que essa união satisfaça aos elementos contidos na hipótese de fato da regra jurídica contida no artigo 1.723 do Código Civil, que são a publicidade, a durabilidade, a continuidade e o intuito de constituir família. Para decidir isso, o Supremo Tribunal Federal se baseou na teoria que diz que todos os princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro devem se conformar com os princípios positivos constitucionais, que são os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, dentre outros. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, quando os princípios e normas jurídicas que prevêem a união estável são interpretados em conformidade com os princípios positivos constitucionais, a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar. Se o Supremo Tribunal Federal concluiu que o ordenamento jurídico brasileiro confere a duas

peças do mesmo sexo o direito de configurar uma entidade familiar através da união estável, não se justifica negar aos homossexuais o direito de configurar uma entidade familiar através do casamento também.

Por fim, foi demonstrado que o Judiciário tem decidido favoravelmente o pedido de autorização para realizar casamento com pessoa do mesmo sexo. Essas decisões também se baseiam na teoria que diz que é ilegítimo o requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, porque esse requisito ofende os princípios positivos constitucionais.

Portando, este trabalho conclui que é ilegítimo o requisito da diversidade de sexo entre os noivos, contido na norma jurídica que prevê o casamento, porque esse requisito ofende aos princípios positivos e suprapositivos do Direito.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BREMMER, J. Pederastia Grega e Homossexualismo Moderno. In: BREMMER, J. (Org.). **De Safo a Sade: momentos na história da sexualidade**, Tradução: Cid Knipel Moreira. Campinas: Papyrus, 1995.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Min. Rel. Ayres Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 de mai. de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Min. Rel. Ayres Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 de mai. de 2011.
- BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP n. 01/99**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: <[http://pol.org.br/legislacao/pdf/resolucao1999\\_1.pdf](http://pol.org.br/legislacao/pdf/resolucao1999_1.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2012.
- COULLANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 9. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1958. v. 1.
- DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTr, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 4, p. 5-13, jan./mar. 2000.
- DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 4. ed. Porto Alegre. Revista dos Tribunais, 2009b.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Introdução aos princípios constitucionais do direito de família. In. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

FIGUEIRAS, Fernanda Louro. **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. v. 1.

FRAY, Peter e MACRAE, Edward. **O que é homossexualidade**. 73. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n.3, p.195-206, 2005.

HETERONORMATIVIDADE. Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Heteronormatividade>. Acesso em 03 mar. 2012.

LARDINOIS, A. Safo lésbica e Safo de Lesbos In: BREMMER, J. (Org.). **De Safo a Sade**: momentos na história da sexualidade, Tradução: Cid Knipel Moreira. Campinas: Papirus, 1995.

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

LEROY-FORGEO, F. **Histoire juridique de l'homosexualité en Europe**. Paris: Presses Universitaires de France. 1997.

LOPES, Paulo. **Papa afirma que casamento gay ameaça o futuro da humanidade**. 10/01/2012. Disponível em: <<http://www.paulopes.com.br/2012/01/papa-afirma-que-casamento-gay-ameaca-o.html#ixzz1pjdqhHdd>> . Acesso em: 20 de janeiro de 2012.

MARMOR, J. (Org.). **A inversão sexual**: as múltiplas raízes da homossexualidade. Rio de Janeiro: Imago, 1973.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. Saraiva: São Paulo, 2010.



MIRANDA, Fábio Guimarães. **União civil homoafetiva no direito brasileiro**, 2006. 69f. Monografia (Conclusão de Curso) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

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

MOTT, Luiz R. B. História da homossexualidade no Brasil: cronologia dos principais destaques. In: ENCONTRO BRASILEIRO DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS, 10, **Anais...** Maceió, 25 out. 2001. Disponível em: <[http://www.ggb.org.br/cronologia\\_movimento\\_homossexual.html](http://www.ggb.org.br/cronologia_movimento_homossexual.html)>. Acesso em 01 de nov. 2011.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**. Curitiba. Juruá, 2009.

NOGUEIRA, Pablo. **Biologia, o polêmico gene gay: a relação entre genética e homossexualidade vive sendo provada e contestada**. Agora, o maior estudo sobre o assunto quer responder: é possível nascer homossexual. 2006. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDR80153-7943,00.html>> Acesso em: 4 set. 2012.

OITENTA países no mundo criminalizam a homossexualidade. **UOL Notícias**, São Paulo, 14 mai. 2009. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/05/14/ult1859u979.jhtm>>. Acesso em 10 fev. 2012.

PADILHA, Tiago. De papel passado. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 22 mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 1995.

RELATOR vota pela equiparação da união homoafetiva estável à entidade familiar. **Notícias STF**, Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>>. Acesso em: 05 jun 2011.

RIBAS, Mário. O debate sobre a homossexualidade na comunhão anglicana e a “nova moralidade” de John Robinson. **Revista Inclusividade**, n.2, p. 80-83, 2002. Disponível em: <[http://www.centroestudo\\_sanglicanos.com.br/rev/2/o\\_debate\\_sobre\\_homossexualidade\\_comunhao\\_anglicana\\_mario.pdf](http://www.centroestudo_sanglicanos.com.br/rev/2/o_debate_sobre_homossexualidade_comunhao_anglicana_mario.pdf)> Acesso em: 4 set. 2012.

RODRIGUES, Humberto; LIMA, Cláudia de Castro. Vale tudo: homossexualidade na antiguidade, **Aventuras na História**, 01 mar. 2008. <<http://historia.abril.com.br/comportamento/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml>>, acesso em: 11 jan.2010

SANTOS, Débora. **Supremo reconhece união estável de homossexuais**. 05 maio. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUSA, Gabriel Soares. **Tratado descritivo do Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1971.

SPENCER, Colin (1999). **Homossexualidade: uma história**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SUPLICY, Marta. **Conversando sobre sexo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1994.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

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

VERDON, Jean. O amor que levava à fogueira. **História Viva**, São Paulo, v. 4, n. 46, p. 83-85, jun. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VEYNE, Paul. A Homossexualidade em Roma. In: AMOR e Sexualidade no Ocidente. Porto Alegre, L&PM, 1992.