

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

HAYANA DE SOUSA SILVA E SÁ

**DIREITO HUMANO À ORIENTAÇÃO SEXUAL:
a homoafetividade em uma perspectiva jurídica**

**JOÃO PESSOA
2015**

HAYANA DE SOUSA SILVA E SÁ

**DIREITO HUMANO À ORIENTAÇÃO SEXUAL:
a homoafetividade em uma perspectiva jurídica**

Monografia apresentada à Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Gutemberg José da Costa Marques Cabral

**JOÃO PESSOA
2015**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S111d Sá, Hayana de Sousa Silva e
Direito humano à orientação sexual [manuscrito] : a
homoafetividade em uma perspectiva jurídica / Hayana de Sousa
Silva e Sá. - 2015.
58 p.

Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Biológicas e
Sociais Aplicadas, 2015.
"Orientação: Prof. Dr. Gutemberg José da Costa Marques
Cabra, Ciências Jurídicas".

1. Homossexualidade. 2. Direitos Humanos. 3. Sexualidade.
4. Homoafetividade. 5. Jurisprudência. I. Título.

21. ed. CDD 323

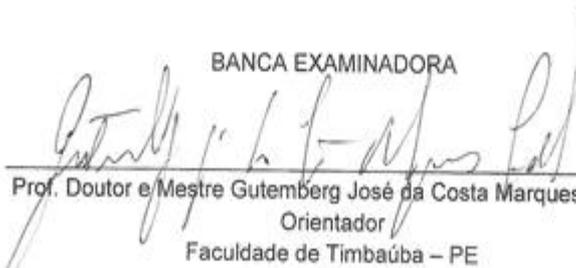
HAYANA DE SOUSA SILVA E SÁ

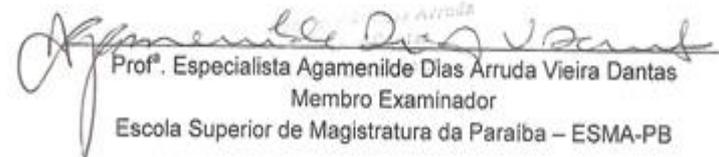
**DIREITO HUMANO À ORIENTAÇÃO SEXUAL:
a homoafetividade em uma perspectiva jurídica**

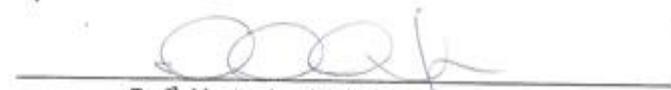
Monografia apresentada à Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Aprovada em: 16/09/2015

BANCA EXAMINADORA


Prof. Doutor e Mestre Gutemberg José da Costa Marques Cabral
Orientador
Faculdade de Timbaúba – PE


Prof. Especialista Agamenilde Dias Arruda Vieira Dantas
Membro Examinador
Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB


Prof. Mestra Ana Lúcia Carvalho de Souza
Membro Examinador
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB

AGRADECIMENTOS

A Deus, o criador de todas as coisas, por dar a todos nós o dom da vida e de desenvolver o conhecimento, que sempre deve ser utilizado como instrumento para realização do bem comum.

Ao Professor Dr. Paulo de Tarso Costa Henriques, pela atenção, pelas indicações de fontes de pesquisas e orientação metodológica.

Ao Professor Dr. Gutemberg José da Costa Marques Cabral, pois desprovido de qualquer sentimento preconceituoso e de forma audaz, aceitou orientar o presente trabalho, cuja temática ainda é considerada por muitos uma celeuma. Suas observações foram preponderantes para que este trabalho pudesse alcançar seu objetivo.

À professora Ma. Vanilda Ferreira Lopes, pela revisão ortográfica deste trabalho.

Aos servidores da Escola Superior da Magistratura, em especial às queridas Allyne Maria Rodrigues Bianchi e Maria de Fátima Pessoa, pela dedicação com que desempenharam suas funções e pela atenção e gentileza com que trataram os alunos.

À servidora Margareth de Almeida Ramalho Maciel, pelo apoio prestado na entrega deste trabalho, tendo em vista todo o esforço empreendido em relação à motivação dos alunos e, especialmente, pela sua compreensão e paciência.

Às amigas Delione Nóbrega Viera de Carvalho e Mayanny de Sousa Marques, pelo apoio e estímulo durante a elaboração desta pesquisa.

De forma particular, há necessidade de registrar um agradecimento mais que especial a **Atáides Cassimiro da Silva**, pois enquanto prestou serviços à ESMA, foi um servidor bastante competente e tendo o conhecimento da importância do bom exercício de sua função, colaborou de forma preponderante para a conclusão deste curso.

Dedico este trabalho à memória da minha família: Maria de Sousa Sá, Maria Socorro de Sousa Sá e Francisco Ossian de Sousa Sá, esses sempre serão minha fonte de inspiração na busca do conhecimento.

Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade.

Maria Berenice Dias (2015)

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo identificar os aspectos jurídicos relevantes acerca da homoafetividade no Brasil, levando-se com consideração a orientação sexual como um direito humano e evidenciando os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Inicialmente foi apresentado um apanhado histórico sobre a homossexualidade, com o propósito de demonstrar a origem do preconceito e foram expostos tópicos conceituais atinentes à homossexualidade, dando ênfase ao posicionamento da medicina, psiquiatria e psicologia, além do destaque para as variantes da orientação sexual. Discorreu-se sobre a conceituação de direitos humanos, evidenciando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à sexualidade e, conseqüentemente, à orientação sexual, bem como foram apresentados comentários acerca da distinção entre sexo e sexualidade, em virtude de equívocos na utilização dessas terminologias. Dissertou-se sobre a homoafetividade, levando-se em consideração a correlação entre direito homoafetivo e direitos humanos, além de apontar a proteção constitucional conferida à homossexualidade, especialmente quando foram demonstradas as lacunas no direito homoafetivo, em virtude da ausência de legislação específica. Sustentaram-se argumentos que comprovaram o avanço na construção jurisprudencial, especialmente as decisões judiciais que reconheceram o direito à união homoafetiva e a autorização para o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, como também a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, evidenciando o papel da jurisprudência, como fonte integrativa. A presente investigação utilizou como principal referencial teórico, as obras de Maria Berenice Dias, advogada especializada em Direito Homoafetivo, Direito das Famílias e Sucessões e autora de diversos artigos e livros relacionados ao tema abordado, tais como: A busca do direito à homoafetividade; Amor não tem sexo; Direito fundamental à homoafetividade; Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular; Homoafetividade e Direito Homoafetivo; Liberdade sexual e direitos humanos; Um novo direito: Direito Homoafetivo; União homossexual: o preconceito e a justiça, dentre outros. Para que este estudo pudesse atingir o fim almejado, utilizaram-se os procedimentos metodológicos, com intuito de conferir-lhe certo nível de cientificidade à pesquisa. Desse modo, a natureza vertente metodológica adotada teve uma abordagem qualitativa. O método de abordagem adotado foi o analítico crítico. Quanto aos procedimentos técnicos, empregou-se uma pesquisa bibliográfica, junto com a documental concernente aos manuais e jurisprudências. Por fim, a técnica de pesquisa utilizada foi a documentação indireta. Conclui-se que não há impedimento legal para que uma pessoa assuma e exerça (de forma responsável) sua sexualidade livremente, visto tratar-se de um direito inerente à própria condição humana e garantido constitucionalmente.

Palavras-chave: Homossexualidade. Direitos Humanos. Sexualidade. Homoafetividade. Jurisprudência.

ABSTRACT

This study aimed to identify the relevant legal aspects about homoafetividade in Brazil, taking with regards to sexual orientation as a human right and highlights the legal, doctrinal and jurisprudential. Initially it presented a historical overview about homosexuality, in order to demonstrate the origin of prejudice and were exposed conceptual topics relating to homosexuality, emphasizing the positioning of medicine, psychiatry and psychology, in addition to highlighting the variants of sexual orientation. We talked about the concept of human rights, highlighting the Universal Declaration of Human Rights, the right to sexuality and, consequently, sexual orientation and were presented comments on the distinction between sex and sexuality, because of mistakes in the use of these terminologies. He was lectured on the homoafetividade, taking into account the correlation between homoafetivo law and human rights, while pointing out the constitutional protection afforded to homosexuality, especially when the gaps were demonstrated in homoafetivo right, due to the absence of specific legislation. They supported themselves arguments that proved the breakthrough in the jurisprudential construction, especially the judicial decisions that recognized the right to homosexual marriage and authorization for civil same-sex marriage, but also the possibility of adoption by homosexual couples, highlighting the role of jurisprudence, as integrative source. This research used as the main theoretical framework, the works of Maria Berenice Dias, a lawyer specializing in Homoafetivo Law, Family and Succession and the author of several articles and books related to the topic discussed, such as: The search for the right to homoafetividade; Love has no gender; Fundamental right to homoafetividade; Status of Sexual Diversity - a law by popular initiative; Homoafetividade and Law Homoafetivo; Sexual freedom and human rights; A new right: Right Homoafetivo; Gay marriage: prejudice and justice, among others For this study could achieve the desired end, we used the methodological procedures, aiming to give it a certain level of scientific research. Thus, the methodological aspect nature had adopted a qualitative approach. The adopted method of approach was the critical analytical. As for technical procedures, we used a literature search, together with the documents concerning the manuals and case law. Finally, the research technique used was the indirect documentation. We conclude that there is no legal impediment for a person to assume and exercise (responsibly) their sexuality freely, given that it is a right inherent to the human condition and constitutionally guaranteed.

Key-words: Homosexuality. Human Rights. Sexuality. Homoafetividade. Jurisprudence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	HOMOSSEXUALIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS	12
2.1	RESUMO HISTÓRICO	12
2.2	CONCEITO	15
2.2.1	Homossexualidade sob o aspecto da Medicina	15
2.2.2	Homossexualidade sob o aspecto da Psiquiatria e Psicologia	16
2.3	HOMOSSEXUALIDADE EM PERSPECTIVA	19
2.3.1	Opção, orientação ou percepção sexual?	19
2.3.2	Variantes da orientação sexual	21
2.3.3	Identidade de gênero e a sigla LGBT	21
3	DIREITOS HUMANOS E ORIENTAÇÃO SEXUAL	23
3.1	DIREITO HUMANOS: CONCEITUAÇÃO	23
3.2	A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL	25
3.3	SEXO X SEXUALIDADE: O LIVRE EXERCÍCIO RESPONSÁVEL	26
4	HOMOAFETIVIDADE: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E JURISPRUDENCIAIS	28
4.1	DIREITO HOMOAFETIVO E SUA CORRELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS	28
4.2	A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À HOMOAFETIVIDADE	30
4.3	LACUNAS NO DIREITO HOMOAFETIVO E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL	34
4.4	O AVANÇO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL	26
4.4.1	União homoafetiva e casamento civil	37
4.4.2	Adoção homoafetiva	45
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por escopo o direito humano à orientação sexual, levando em consideração a questão da homoafetividade em uma perspectiva jurídica.

É certo que as relações sociais humanas vêm passando por diversas transformações de ordem moral, política, cultural, tecnológica, enfim são diversas as modificações que levam a própria humanidade a se adaptar aos fenômenos sociais, em um processo de evolução histórica, inicialmente com formação da família patriarcal e, atualmente, já considerando os novos e diversificados núcleos familiares, como as famílias homoafetivas. Nesse contexto, tem-se como base de organização um Estado Democrático de Direito, em que a sociedade evolui e o direito, mais especificamente com relação à técnica legislativa, não consegue acompanhar *pari passu*.

Exatamente por não haver uma sintonia em tempo real entre a realidade fática e a legislação é que se faz necessário o debate acerca das questões relacionadas à homoafetiva, sendo pertinente expor linhas de pensamento com o intuito de chegar a uma solução, inclusive baseadas em decisões judiciais.

Existe no direito pátrio uma máxima, qual seja, o que não é proibido, é permitido, sendo sob esta diretriz que se deve analisar o direito homoafetivo, pois para muitas situações não existe dispositivo legal que proíba o reconhecimento, conquanto não há liames definidos, que ofereçam suporte jurídico, cabendo recorrer a outras fontes do direito, como os princípios e a jurisprudência como fonte integrativa, no sentido de revelar seu alcance para solucionar os conflitos e oferecer um amparo jurídico.

Ademais, na aplicação das leis ou no caso em tela, na ausência de um preceito legal, como acontece no direito homoafetivo, deve-se levar em conta que os sujeitos das relações homossexuais são seres humanos como quaisquer outros, portanto, é preciso conjugar os mandamentos jurídicos com os fundamentos dos direitos humanos.

Desse modo, para investigar o direito ao livre exercício da sexualidade, incluindo-se o direito à orientação sexual, faz-se necessário examinar a homoafetividade considerando a problemática dos direitos humanos.

As questões referentes à sexualidade, especialmente relacionadas à homoafetividade, são motivos de calorosas discussões, seja no âmbito jurídico, legislativo, executivo, ou mesmo na esfera social, em virtude das lacunas de ordem legislativa para resolução dos conflitos que ora se estabelecem. Ademais, há predominância de forte preconceito em relação às pessoas que assumem a sua orientação sexual perante a sociedade e talvez, esse seja um dos maiores empecilhos para o avanço no reconhecimento dos direitos relativos ao movimento LGBT.

Ora, o preconceito, como a própria terminologia sugere, é um conceito pré-formado, pois já ocorre uma manifestação de opinião antes mesmo de se definir parâmetros de aceitação ou de julgamento, ou seja, é uma antevisão porque se antecipa uma “certeza”, que poderá se confirmar ou não.

Considerando que um dos alicerces do preconceito (senão a base e estrutura), está relacionada à falta de conhecimento sobre determinados assuntos, e no caso em tela, a homoafetividade, é pertinente e relevante a discussão dessa temática, uma vez que irá contribuir para divulgação e formação de uma posicionamento sobre a aludida matéria e especificamente sobre o reconhecimento dos direitos relativos ao movimento LGBT.

O conhecimento pode ser adquirido por meio da educação, sendo o meio acadêmico seu maior propagador, por isso, o debate acerca da homoafetividade trará um grande contributo para a sociedade na medida em que demonstrará a possibilidade de convivência com o diferente. Portanto, para tal, basta ter o devido conhecimento o que levará ao caminho da aceitação, não só da diversidade sexual, mas também da diversidade humana, visto que fomentar um tipo de preconceito, abre portas para passagens de tantos outros, afastando a ideia do multiculturalismo.

De modo geral, o presente trabalho tem por objetivo analisar o direito à orientação sexual: a homoafetividade em uma perspectiva jurídica, levando-se em consideração às questões jurídicas pertinentes à homoafetividade e, para alcançar o proposto, esta monografia trabalhou com as seguintes perspectivas:

- Examinar o exercício da sexualidade e da orientação sexual, como um direito humano;
- Correlacionar o direito homoafetivo com os direitos humanos;
- Apontar a ausência de legislação específica sobre direito homoafetivo;

- Esclarecer o reconhecimento da união homoafetiva e o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo;
- Avaliar o papel da jurisprudência na solução dos conflitos e no amparo jurídico às questões relativas à homoafetividade.

2 HOMOSSEXUALIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS

2.1 RESUMO HISTÓRICO

A homossexualidade sempre esteve presente na história da humanidade, no entanto, faz-se necessário o conhecimento de alguns fatos históricos, a fim de que se possa elucidar as motivações que resultaram no tratamento que é dispensado à homossexualidade na atualidade.

Em algumas civilizações antigas, as culturas demonstraram uma preocupação com as posições que os indivíduos exerciam socialmente, bem como a posição na própria relação sexual, não importando se ocorriam entre pessoas do mesmo sexo. Para J. P. Catonné apud Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia:

O fator significativo nas relações sexuais não era se a pessoa o fazia com alguém do mesmo sexo ou do sexo oposto, mas sim que atos sexuais e qual a posição (ativa ou passiva) ela tinha nesta relação, o que estava relacionado ao seu status social.¹

Na Babilônia, aquele que assumisse uma postura passiva na relação sexual era inferiorizado, sem que houvesse uma conotação de reprovação, pois o que imperava era a relação passividade/atividade e o *status* social.

Na China, no período compreendido entre 1112 e 256 a.C, referente à dinastia Zhou, as relações entre pessoas do mesmo sexo também estavam ligadas ao *status* social, pois o casamento era visto como forma de garantir riqueza e *status* com a união das famílias, tanto que Naphy apud Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, demonstra que a relação homossexual era tolerada fora do casamento:

Os homens sentiam-se atraídos sexualmente por ambos os sexos e o afecto romântico podia também envolver tanto dois homens como um homem e uma mulher [...]. No entanto, estas relações masculinas não excluíam as relações com mulheres. Por norma, os homens casavam-se e tinham filhos [...] o casamento era esperado e habitual, mas quase sempre

¹CATONNÉ (1994), apud FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais:** a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24.

desligado de sentimentos, do amor, do afecto. [...] os casamentos eram uniões socioeconômicas e políticas entre famílias.²

Dentre as civilizações antigas, a Grécia teve maior destaque nos relacionamentos homossexuais, visto que tais relações não gozavam da pejoratividade, ao contrário, eram caracterizadas por uma nobreza superior, em detrimento das relações heterossexuais, que eram reservadas exclusivamente à procriação. Nesse aspecto, explica Taísa Ribeiro Fernandes:

A homossexualidade era vista com naturalidade, uma prática recomendável, que envolvia transmissão e aquisição de sabedoria. Adolescentes buscavam o mestre para serem iniciados na arte da retórica e da oratória. Eram chamados de *efebos*, e ser escolhidos pelo preceptor era uma honra. Em troca, os jovens aprendizes ofereciam favores sexuais, pois acreditavam que isso aumentaria suas habilidades políticas e militares, além da transmissão de uma educação refinada. Na antiga civilização grega, a educação de um jovem mesclava a virilidade e a homossexualidade.³

Para Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, de acordo com o contexto acima mencionado, não se poderia definir as relações entre pessoas do mesmo sexo como homossexuais, pois afirmam que “o conceito de homossexual é atual e o tipo de relação que incluía o sexo entre dois homens na Grécia era chamado de pederastia (...)”⁴. Citando J. P. Catonné, a pederastia está definida como:

Uma relação normal e certamente não “contra a natureza”. Ela é valorizada por razões ao mesmo tempo afetivas e sociais. Aos olhos dos gregos, nada é mais belo que o efebo e nada é mais nobre que o sentimento que se dedica a uma pessoa tão bela. Mas, ao mesmo tempo, a relação entre o amante e o amado possui uma função civil altamente integrativa. Ela permite inserir o rapaz de nascimento livre em seu status de cidadão e ensina-lhe como assumir suas responsabilidades na cidade. É por esta razão que se reconhece uma inegável superioridade nesta forma de amor.⁵

Na sociedade grega, os atos sexuais ocorriam entre homens e mulheres, entre homens, bem como entre mulheres (ressaltando-se que as relações entre mulheres eram mal vistas, uma vez que suas funções limitavam-se a reprodução), caracterizando as três variantes da sexualidade humana, quais sejam, a

² NAPHY (2006), apud FARIAS; MAIA, p. 25.

³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais: efeitos jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 38.

⁴ FARIAS; MAIA, op. cit., p. 26.

⁵ CATONNÉ (1994), apud FARIAS; MAIA, p. 26.

heterossexualidade, a homossexualidade, inclusive a bissexualidade, que também era aceita, como bem ilustra J. P. Catonné apud Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, acerca dessas relações:

Para o homem, o desejo sexual, desde que seja ativo, pode voltar-se tanto para o sexo oposto quanto para seu próprio sexo. A separação entre o aspecto privado e o público é nítido. Como pessoa privada, o homem grego tem uma relação sexual com sua mulher, suas concubinas... Mas, na qualidade de homem público, ele gosta de rapazes. Esta relação pederasta é valorizada, pois constitui um processo integrador à cidade, pela aprendizagem de um papel social e político, ele próprio valorizado. Nenhuma contradição é sentida entre a vida da casa e a do espaço aberto da ágora. Em particular, as esposas não concorrem com os rapazes, os paides. Estes e aqueles pertencem a dois campos heterogêneos [...]. O adulto jovem e ativo, após seu casamento, pode buscar o prazer com as mulheres ou com os rapazes, ou ainda com ambos. É uma questão de escolha, guiado por um gosto pessoal.⁶

Em Roma, havia certa diferença de tratamento, já que os indivíduos que mantinham relação sexual com outros do mesmo sexo e que assumiam a posição passiva da relação eram considerados inferiores. Portanto, eram escravos, sem qualquer relevância social, recaindo apenas sobre esses, o preconceito e a censura sem, contudo, serem penalizados.

No entanto, no período justinianeu, Roma portava-se contrária às práticas homossexuais, pois já estava sob a influência do Cristianismo, em cujos preceitos a homossexualidade foi questionada e colocada sob a égide das leis divinas, que previam punições severas.

A Idade Média foi o período áureo de dominação da Igreja católica, pois acumulou poderes que derivaram de sua riqueza material e, principalmente, da influência espiritual que exercia sobre as pessoas. Nesse aspecto, o controle que o clero detinha sobre a sociedade, acabava interferindo preponderantemente sobre a formação da cultura daquela época e conseqüentemente reproduzia a visão de mundo da própria igreja.

Fato relevante para demonstrar a hegemonia da igreja católica, configurou-se na criação do tribunal religioso denominado de Santa Inquisição, instituído no século XIII, no sul da França e também em outros países, objetivando investigar, julgar e condenar aqueles indivíduos que se afastassem dos ensinamentos pregados pela crença cristã, pois quaisquer comportamentos

⁶FARIAS; MAIA, op.cit., p. 27-28

considerados contrários aos dogmas da igreja eram punidos com severidade. Dentre eles, estava a homossexualidade, considerada um pecado contra própria natureza e uma ofensa a Deus, assim como o próprio sexo que só deveria ser praticado para fins de reprodução e somente dentro do casamento, caso contrário seria considerado antinatural.

Nesse diapasão é que surgiu a intolerância à homossexualidade, utilizando-se de interpretações equivocadas e baseados em dogmas ultrapassados, que ainda alimentam a intransigência da sociedade. Com razoabilidade, aclara a eminente Maria Berenice Dias:

A concepção bíblica busca a preservação do grupo ético baseado no gênesis e na história de Adão e Eva, de que a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. A suposta crença de que a bíblia condenava a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra gays e lésbicas.⁷

Com a perda do domínio absoluto da igreja católica, a prática sexual, antes limitada, torna-se umas das formas de manifestação da sexualidade, segundo o livre arbítrio de cada ser, na medida em que se percebe uma revolução de valores e novas formas de relacionamento humano ganham conotações diversificadas.

De fato, não se pode afirmar que a sociedade aceita de forma pacífica a homossexualidade, pois muitas são as manifestações de despreço. Contudo, para se alcançar o escopo da igualdade estampado na Carta Magna e impedir a difusão do preconceito sob todas as formas, é necessário, antes de qualquer medida, o reconhecimento daqueles que assumiram sua orientação sexual, como sujeitos passíveis de concretização dos direitos consagrados na Constituição Federal Brasileira.

2.2 CONCEITO

2.2.1 Homossexualidade sob o aspecto da Medicina

Apoiadas no pensamento desenvolvido pela igreja na Idade Média, que considerava a homossexualidade algo pecaminoso e imoral, várias foram as teorias

⁷DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

médicas utilizadas para justificar a concepção de que a relação entre pessoas do mesmo sexo era um inversão sexual, uma espécie de distúrbio mental, além de ser contagiosa, fomentando ainda mais a censura aos homossexuais.

A própria Organização Mundial da Saúde - OMS, através da Classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados com a saúde, mais conhecida como CID e especificamente a nº 9, classificava a homossexualidade como uma doença mental enquadrada no subcapítulo que trata dos desvios e transtornos sexuais. Entretanto, no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, em 1985, excluiu a homossexualidade do quadro de Classificação internacional de doenças.

Em virtude de mudanças históricas, bem como baseada em estudos científicos que não obtiveram suporte para tratar a homossexualidade como sintoma médico, no dia 17 de maio de 1990, a Assembléia Geral da OMS retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, declarando que:

A homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão e que os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade.⁸

2.2.2 Homossexualidade sob o aspecto da Psiquiatria e da Psicologia

A Psiquiatria⁹, assim como a Psicologia¹⁰ também consideravam a homossexualidade como uma doença, uma espécie de perturbação mental, inclusive, influenciados pela obscuridade dos pensamentos de Sigmund Freud, sobre a homossexualidade. Entretanto, esclarece Taísa Ribeiro Fernandes:

O pai da psicanálise, Sigmund Freud, embora tenha incluído a homossexualidade entre as aberrações sexuais, como inversão sexual, não a considerava uma perversão, tampouco uma enfermidade, muito pelo contrário, há registros em sua obra (*três ensaios sobre a teoria da sexualidade*) de generosa tolerância e defesa dos homossexuais em que considerava extrema violação dos direitos humanos qualquer tipo de punição aos mesmos.¹¹ (grifo do autor)

⁸MOREIRA, Andrei. **A Homossexualidade sob a ótica do espírito imortal**. Disponível em: <<http://amemg.com.br/2012/01/11/%E2%80%9Ca-homossexualidade-sob-a-otica-do-espírito-imortal%E2%80%9D-entrevista-com-andrei-moreira/>>. Acesso em 05 mar. 2015.

⁹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. Conforme conceito, Psiquiatria é a parte da medicina que trata do estudo e tratamento das doenças mentais.

¹⁰Ibid. Conforme conceito, Psicologia é a ciência dos fenômenos psíquicos e do comportamento.

¹¹FERNANDES, op. cit., p. 26.

Nesse sentido, destaca-se a obra de H. Ellis denominada Estudos da Psicologia do Sexo, publicada entre 1896 e 1910, que dentre outras conclusões bastante avançadas para época, afirmava que o exercício da sexualidade humana, desmembrada entre homossexualidade e heterossexualidade, não era absoluto, podendo ser manifestado em vários graus.

Através dos estudos no início do século XX, realizados por Freud, que também é considerado o fundador da Psicanálise, a concepção sobre sexualidade humana apresentava avanços, cuja influência recai sobre outros estudos no campo das ciências médicas. Todavia, em virtude de conceitos obscuros sobre a homossexualidade, como fixação anal ou perversão, ganhava força a aceitação de que o referido comportamento humano era uma doença.

No entanto, ressaltam Farias e Maia: “É importante frisar que essa não era a visão de Freud e que ele não considerava a homossexualidade uma categoria das práticas sexuais perversas (como a zoofilia, a coprofilia etc.)”.¹²

Todavia, em 1973, a Associação de Psiquiatria Americana - APA retirou do Manual de Diagnóstico e Estatística de Desordens Psiquiátricas - DMS, a homossexualidade como categoria diagnóstica, sob o fundamento de que a desordem psicológica seria uma possível consequência da conjuntura política e social vivenciada, em detrimento da própria homossexualidade e, em 1975, a Associação Americana de Psicologia também eliminou a homossexualidade da lista de distúrbios mentais.

Em 22 de março de 1999, o Conselho Federal de Psicologia editou a resolução nº 001/99, que tratava de normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual, considerando que:

(...)

A homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão.

(...)

Artigo 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

¹²FARIAS; MAIA, op. cit., p. 49.

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.¹³

Muito embora a Resolução nº 001/99 seja uma ratificação do posicionamento da Organização Mundial da Saúde, sua vigência demonstra um avanço no que concerne aos profissionais da saúde, pois disciplina de forma explícita a conduta do psicólogo, proibindo qualquer ação que promova a patologização de comportamentos, bem como impedindo a colaboração do referido profissional em eventos ou serviços relacionados à cura ou tratamento das homossexualidade, o que se coadua com o artigo 2º da aludida resolução.

Ademais, o exercício da psicologia está pautado, dentre outros, no princípio da não discriminação, com vista a coibir o preconceito e a promover a aceitação da diversidade sexual, em total sintonia com o artigo 3º, IV da Carta Magna.

Oportuno destacar o Projeto de Decreto Legislativo nº. 234/2011, que obteve grande repercussão nacional no ano de 2013 e ficou conhecido como cura gay, justamente porque tinha como proposição alterar a Resolução 001/99, especificamente os art. 3º e 4º, conforme ementa:

Sustar a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99 de 23 de Março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.¹⁴

¹³BRASIL. **Conselho Federal de Psicologia**. Resolução CFP nº 001/09. **Orientação Sexual**. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em 10 mar. 2015.

¹⁴BRASIL. **Projeto de decreto legislativo nº. 234/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

O projeto supracitado tinha por finalidade permitir que os psicólogos oferecessem tratamento para a homossexualidade, como se essa fosse uma patologia, em um verdadeiro retrocesso. Todavia, após muitos questionamentos, a proposição foi arquivada em 02/07/2013, nos termos do artigo 104 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ou seja, houve a retirada do projeto pelo autor.

Sabe-se que a discriminação e o preconceito a que estão sujeitas as pessoas que assumem uma sexualidade diferente da predominante, é motivo de grande sofrimento, mas que não se pode confundir com qualquer tipo de patologia ou desajuste comportamental, pois recusando a diversidade das formas de sexualidade, não se estaria eliminando a questão, mas sim postergando uma celeuma merecedora de normatização, já que não será negando direitos aos homossexuais que se fará com que eles desapareçam.

2.3 HOMOSSEXUALIDADE EM PERSPECTIVA

2.3.1 Opção, orientação ou percepção sexual?

A palavra homossexualidade é bastante empregada quando se discute as questões relacionadas à sexualidade, pois é um vocábulo utilizado em uma acepção ampla, sendo compreendido como qualquer forma de conduta que não esteja relacionada à heterossexualidade. Entretanto, deve-se levar em consideração a identidade de gênero, uma vez que traz consigo outros conceitos pautados na sexualidade humana.

Antes da conceituação da homossexualidade e apresentação de alguns esclarecimentos sobre a identidade de gênero, será realizada uma breve consideração acerca dos termos opção sexual, preferência, orientação e percepção sexual, tendo em vista a divergência sobre o uso dessas expressões.

A opção sexual, também empregada no sentido de preferência sexual, sugere que o indivíduo pode escolher a forma como ele vai se relacionar afetiva e sexualmente, desconsiderando o desenvolvimento natural da manifestação afetiva e sexual de cada ser humano. Todavia, essa expressão não traduz a real situação em questão.

Considerando a hipótese acima, faz-se a seguinte indagação: uma criança apresentando tendência à homossexualidade, em virtude de gestos ou

comparativos com o “padrão” estabelecido, estaria escolhendo sua sexualidade? Sua forma de desejo?

Acredita-se que não, visto que a criança ainda não possui uma capacidade avaliativa, que permita tal escolha. A opção em tela diz respeito à demonstração, a forma de manifestação, pois existe a possibilidade de uma pessoa assumir uma conduta sexual perante a sociedade, assim como possui o livre arbítrio de não torná-la pública.

Sendo a homossexualidade uma condição humana e não uma escolha, discorre Maria Berenice Dias:

O certo é que se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre. A angústia que surge quando o sujeito se descobre homossexual não vem, necessariamente, da descoberta em si, mas da consciência de que ele sofrerá rejeição. Se tivesse opção, muitos homossexuais prefeririam não ser – o que é uma prova de que não existe opção [...].¹⁵ (grifo nosso)

No âmbito do Governo Federal, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos lançou em 2004, o Programa “Brasil sem Homofobia”, cujo manual utiliza a expressão orientação sexual com a seguinte definição:

Orientação sexual é a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual existe num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. Embora tenhamos a possibilidade de escolher se vamos demonstrar, ou não, os nossos sentimentos, os psicólogos não consideram que a orientação sexual seja uma opção consciente que possa ser modificada por um ato da vontade.¹⁶

Mais apropriado então seria a designação orientação sexual ou mesmo a expressão percepção sexual, para aqueles que criticam aquele termo, por considerarem uma forma de direcionar o indivíduo a assumir determinado comportamento afetivo ou sexual, diferentemente da percepção que está relacionada ao conhecimento da sexualidade através dos sentidos, da atribuição de significados aos estímulos sensoriais.

¹⁵DIAS, op. cit., p. 41.

¹⁶CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia:** Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Brasil%20sem%20Homofobia.pdf>>, p. 29. Acesso em 13 mar. 2015.

2.3.2 Variantes da orientação sexual: conceitos

A homossexualidade pode ser considerada como uma das três variantes de orientação sexual, em virtude da existência da bissexualidade, caracterizada tanto pela atração sexual por pessoas do mesmo sexo, como pelo sexo oposto e da heterossexualidade, cuja relação ocorre apenas entre indivíduos do sexo oposto.

O vocábulo homossexualidade é formado pela junção do prefixo grego *homós*, que significa igual ou semelhante, e pelo sufixo latim *sexus*, relativo ao sexo, sendo o atributo da pessoa que exerce sua sexualidade com indivíduo de sexo idêntico, ou seja, o homossexual.

Importa salientar que o termo homossexualismo foi utilizado em um período em que essa característica era considerada uma patologia. Maria Berenice Dias aponta que “o termo “homossexualismo” foi substituído por “homossexualidade”, já que o sufixo “ismo”, é utilizado para caracterizar doenças e o sufixo “dade”, para designar modo de ser”.¹⁷

2.3.3 Identidade de gênero e a sigla LGBT

Questão que suscita muitas dúvidas está relacionada à identidade de gênero, ou seja, a forma como o indivíduo se identifica, seja como um homem ou como uma mulher e que pode estar desvinculado do sexo biológico. Essa forma de reconhecimento, em muitos casos, leva a pessoa a se expressar e conviver em sociedade de acordo com o gênero ao qual se identificou, sendo nesse momento que os conflitos tornam-se públicos.

Nesse sentido, existe uma sigla bastante utilizada pela mídia e que também corresponde a um movimento social bastante expressivo na luta pelos direitos da diversidade sexual, qual seja, LGBT - Lésbicas, Gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e o Programa Nacional “Brasil sem homofobia”, assim define cada termo:

Lésbicas: terminologia utilizada para designar a homossexualidade feminina.

¹⁷ DIAS, op. cit., p. 33.

Gays: são indivíduos que, além de se relacionarem afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo, têm um estilo de vida de acordo com essa sua preferência, vivendo abertamente sua sexualidade.

Bissexuais: são indivíduos que se relacionam sexual e/ou afetivamente com qualquer dos sexos. Alguns assumem as facetas de sua sexualidade abertamente, enquanto outros vivem sua conduta sexual de forma fechada.

Transexuais: são pessoas que não aceitam o sexo que ostentam anatomicamente. Sendo o fato psicológico predominante na transexualidade, o indivíduo identifica-se com o sexo oposto, embora dotado de genitália externa e interna de um único sexo.

Transgêneros: terminologia utilizada que engloba tanto as travestis quanto as transexuais. É um homem no sentido fisiológico, mas se relaciona com o mundo como mulher.¹⁸

Interessante notar que as expressões transexuais, travestis, transgêneros são indissociáveis da identidade de gênero, pois analisando a definição de cada uma, verifica-se que não se trata apenas do ato sexual meramente, envolve a relação do indivíduo com o mundo exterior, pois ultrapassa os limites dos questionamentos interiores, para alcançar o desejo de autoafirmação perante a sociedade.

¹⁸ CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação, op. cit., p. 30.

3 DIREITOS HUMANOS E ORIENTAÇÃO SEXUAL

3.1 DIREITO HUMANOS: CONCEITUAÇÃO

O termo direito é polissêmico, podendo ser utilizado para caracterizar ou explicar diversas situações, a saber: que segue a mesma direção; íntegro; aquilo que é justo, etc..

No aspecto jurídico, o direito pode ser compreendido no sentido de norma ou uma regra social obrigatória e, nesse aspecto, o direito cuida de atribuir ao fato social uma natureza jurídica, de modo que pode ser compreendido como um conjunto de normas jurídicas que tem o fim de disciplinar as relações dos homens em sociedade, o que vem a ser denominado de direito positivado.

O direito também pode ser utilizado como uma faculdade legal ou poder, no sentido de prerrogativa do indivíduo para que possa praticar ou deixar de praticar determinado ato.

Considerando o grande número de normas jurídicas existentes, o direito possui uma série de classificações e subclassificações, a depender da variável a ser utilizada, como a origem (direito público e privado), a vigência em determinado território (direito interno ou internacional) e a subclassificação do direito interno (direito civil, processual civil, penal, processual penal, constitucional, do trabalho, administrativo, etc.), com o propósito de melhor adequar as situações do dia a dia a um determinado preceito legal.

A sociedade evolui e o direito na tentativa de acompanhá-la *pari passu*, vai se dividindo em mais e mais ramos ou sub-ramos do direito. Contudo, na criação dessas novas normas, não se pode esquecer a razão pela qual aquela situação está sendo disciplinada, qual seja, a máxima proteção dos destinatários desses direitos.

É justamente na consideração do homem como protagonista de um nascedouro jurídico, que se deve levar em conta os direitos humanos. Acerca do conceito de direito humanos, aclara Eduardo R. Rabenhorst:

O que se convencionou chamar “direitos humanos”, são exatamente os direitos correspondentes à dignidade dos seres humanos. São direitos que possuímos não porque o Estado assim decidiu, através de suas leis, ou porque nós mesmos assim o fizemos, por intermédio dos nossos acordos.

direitos humanos, por mais pleonástico que isso possa parecer, são direitos que possuímos pelo simples fato de que somos humanos.¹⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil, no título que trata dos princípios fundamentais consagrou no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, com o fim de garantir uma vida digna, para que todos fossem tratados com respeito. Por isso, manifestações de desdém, desprezo ou mesmo repulsa, em razão de orientação sexual, configuram verdadeira ofensa ao ordenamento jurídico, considerando que o ser humano tornou-se elemento basilar da existência do Estado. Assim preceitua a Carta Maior:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;**
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político [...]²⁰

A conceituação de dignidade não é atribuição das mais fáceis, sendo ainda hoje motivos de discussões sobre sua amplitude. Entretanto, inquestionável é o seu reconhecimento pelo direito positivado e em especial pela Carta Magna, que assim a erigiu a condição de fundamento de República brasileira.

Complementa Alexandre de Moraes em relação à dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, *mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.*²¹ (grifo do autor)

¹⁹RABENHORST, Eduardo R. O que são direitos humanos. In: ZENAIDE, Mariade Nazaré Tavares; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; NÁDER, Alexandre Antônio Gili (Orgs). **Direitos Humanos: capacitação de educadores**. V. 1: Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da Educação em Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008, p. 16.

²⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

Como explica o constitucionalista Alexandre de Moraes, a dignidade está atrelada à natureza do homem e traz a pretensão de respeito, podendo-se concluir que o homem deve respeitar o próximo, como se fosse ele mesmo.

3.2 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU em 1948 é um documento que foi criado para afastar as opressões, proibições ilegais, censuras e discriminações, objetivando que todos fossem reconhecidos como pessoas merecedoras de um tratamento que fosse compatível com a condição de ser humano.

Tamanha é a sua importância e abrangência, que por meio de seu conteúdo, é possível extrair diversas considerações e dentre elas, o conceito de pessoa que está diretamente ligado ao de ser humano, inclusive o sentido denotativo da palavra, que aponta a pessoa como um indivíduo, um ser humano, dotado de vida, por isso, fala-se em pessoa humana. Nessa esteira de raciocínio, chega-se ao sujeito portador de direitos humanos e essa condição é carregada de significado, já que traz à baila a noção de dignidade que está contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois assim preconiza:

Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.²²

A dignidade mencionada no art. I da Declaração está em perfeita consonância com o direito à liberdade, exposto no art. II, e, de forma específica, o direito à liberdade sexual, sem qualquer distinção. Em outras palavras, a Declaração Universal é clara ao garantir que todos podem e devem ser respeitados em sua

²²BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos dos Humanos**. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 16 mar. 2015.

condição humana, o que leva a concluir que homossexualidade, enquanto condição do ser, possui um documento internacional que a protege, que garante o seu exercício e, mais que isso, é possível inferir que a sexualidade e, conseqüentemente, a orientação sexual, é um direito de todos, portanto, um direito humano.

3.3 SEXO X SEXUALIDADE: O LIVRE EXERCÍCIO RESPONSÁVEL

A abordagem relativa ao sexo e à sexualidade suscita muitas dúvidas, sendo necessário distingui-las, para melhor compreensão do alcance de cada terminologia, pois muitas vezes são utilizadas como sinônimos.

Em um primeiro raciocínio, a expressão sexo é identificada com o sexo biológico, ou seja, masculino ou feminino ou, ainda, como relação sexual no sentido do ato físico entre duas pessoas, o que não corresponde à sexualidade, pois existe uma série de variantes que os diferencia, como bem explica o Manual de Comunicação LGBT, elaborado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais:

Refere-se às elaborações culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais e corporais que compreendem desde o erotismo, o desejo e **o afeto, até noções relativas à saúde**, à reprodução, ao uso de tecnologias e ao exercício do poder na sociedade. As definições atuais da sexualidade abarcam, nas ciências sociais, significados, ideias, desejos, sensações, emoções, experiências, condutas, proibições, modelos e fantasias que são configurados de modos diversos em diferentes contextos sociais e períodos históricos. Trata-se, portanto, de um conceito dinâmico que vai evoluindo e que está sujeito a diversos usos, múltiplas e contraditórias interpretações e que se encontra sujeito a debates e a disputas políticas. (grifo nosso)²³

A conceituação acima apresentada é bastante esclarecedora e traz à tona a questão da afetividade nas relações, o que é de suma importância para a discussão ora apresentada, isso porque os direitos relacionados ao movimento LGBT, por vezes são interpretados pejorativamente, como se todas as reivindicações se resumissem ao sexo e à promiscuidade.

²³ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. MARTINS, Ferdinando; ROMÃO, Lilian; LINDNER, Liandro; REIS, Toni (Orgs.). **Manual de Comunicação LGBT**. Curitiba: Ajir Artes Gráficas e Editora. 2010. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2015.

Segundo Michel Foucault, a sexualidade é um misto de prazer, discurso, e conhecimento que envolve aspectos históricos, como bem explica:

A sexualidade é nome que pode ser dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede de superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação do conhecimento, o reforço dos controles e da resistência, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder.²⁴

De fato, a discussão é muito mais ampla do que as questões relativas ao sexo, trata-se de reconhecer e garantir o direito à sexualidade. Neste contexto, Roger Raupp Rios demonstra a abrangência do debate:

Direito à liberdade sexual; direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; direito à privacidade sexual; direito ao prazer sexual; direito à expressão sexual; direito à associação sexual; direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; direito à informação sexual livre de discriminações. Estes são alguns dos desdobramentos mais importantes dos princípios fundamentais da igualdade e da liberdade que regem um direito da sexualidade.²⁵

Todos os direitos supracitados fazem parte da condição humana, motivo pelo qual podem ser interpretados como extensão dos direitos humanos, especialmente do direito ao livre exercício da sexualidade, desde que seja utilizado de forma responsável.

²⁴FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 116-117.

²⁵RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004>. Acesso em 14 fev. 2015.

4 HOMOAFETIVIDADE: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E JURISPRUDENCIAIS

4.1 DIREITO HOMOAFETIVO E SUA CORRELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

A temática relativa à homossexualidade, em muitos casos, é interpretada de forma restritiva, para considerar apenas a atividade sexual. Todavia, tais questões envolvem aspectos sentimentais, especialmente o afeto. Maria Berenice Dias, expoente na área de direito homoafetivo, em seu artigo intitulado direito fundamental à homoafetividade, muito bem se pronuncia sobre o assunto: “Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto”.²⁶

Tamanha é a importância da afeição que alguns doutrinadores do direito, como Flávio Tartuce, já erigiram a afetividade como princípio:

O afeto talvez seja apontado, atualmente como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. Por isso é que, para fins didáticos, destaca-se o princípio em questão.²⁷

Por isso, a relevância e utilização da terminologia homoafetiva, quando se trata de questões interligadas ao reconhecimento de direitos do movimento LGBT e, nesse contexto, há de se considerar o direito homoafetivo, que assim vem sendo designando pelos doutrinadores desta área, pois preferem usar a expressão homoafetivo, ao invés de homossexual, porque entendem que a discussão é mais ampla que a questão sexual, já que transcende para afetividade.

Em síntese, o direito homoafetivo pode ser considerado como aquela especificidade do direito que vai tratar das questões pautadas no reconhecimento dos direitos referentes aos homossexuais. Desse modo, temas como união entre pessoas do mesmo sexo, adoção por casais homoafetivos, mudança de sexo, mudança do nome em virtude da incompatibilidade com o gênero, crimes homofóbicos, dentre outros, fazem parte da construção desse novo direito.

²⁶DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24_-_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf>. Acesso em 20 fev. 2015.

²⁷TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único, 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1.038.

Cumpra salientar que o direito homoafetivo não foi elevado a um ramo próprio do direito, pois, dependendo do tipo de relação a ser disciplinada, poderá ser enquadrado no direito civil, especificamente no livro IV que trata do direito de família para pleitos relativos à adoção homoafetiva; direito penal, nos casos dos crimes homofóbicos (denominação doutrinária); direito previdenciário, quando forem suscitadas questões relacionadas à pensão por morte do companheiro, etc...

Nas palavras de Maria Berenice Dias, não há dúvida que a homoafetiva é um direito:

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, igualmente cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica.²⁸

E mais, a homoafetiva ou o direito homoafetivo é um direito humano, na medida em que o livre exercício da sexualidade e o direito à orientação sexual fazem parte da condição de cada ser, porque se deve levar em conta que os sujeitos das relações homossexuais são seres humanos como quaisquer outros. Portanto, é preciso conjugar os mandamentos jurídicos com os fundamentos dos direitos humanos, o que é reforçado por Maria Berenice Dias:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza.²⁹

Ora, uma pessoa de orientação homossexual não é um ser inferior, um cidadão de segunda categoria e é justamente invocando os ensinamentos dos direitos humanos que se deve reconhecer o outro em nós mesmos, ou seja, é a existência do eu correlato, pois, no final das contas, todos são humanos e como

²⁸DIAS. **Direito fundamental à homoafetividade**. op. cit.

²⁹ Ibid.

corolário, uma pessoa não é menos humana que outra em virtude de sua sexualidade, como observa Carolina Valença Ferraz:

O comportamento respeitoso entre os indivíduos encontra respaldo na condição humana de cada um. Logo, independente das nossas diferenças, o que nos une é a nossa “humanidade”. O que há de humano em mim não pode ser e não deve rechaçar o que há de humano no outro, mesmo que existam diferenças entre nós. **Portanto, o que impõe respeito às ditas diferenças é a igualdade da nossa humanidade.**³⁰ (grifo nosso)

Desse modo, existe uma relação direta entre os direitos homoafetivos e os direitos humanos, primeiro pelos destinatários que são os seres humanos, sendo, assim, impossível qualquer forma de exclusão; segundo a trajetória pelas quais vem passando as conquistas alcançadas no reconhecimento das relações homoafetivas, uma vez que tanto a sexualidade como o seu exercício são condições inerentes ao homem, podendo ser compreendidas como instrumentos de realização de sua dignidade.

4.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À HOMOAFETIVIDADE

Antes de se fazer uma abordagem sobre o direito constitucional que tem uma pessoa em assumir e exercer sua sexualidade, será realizada uma breve explanação sobre os princípios que rege àquele, objetivando demonstrar a importância destes na seara jurídica.

O termo princípio pode ser utilizado em vários sentidos: momento em que algo tem origem; ponto de partida; começo. No ramo das ciências, relaciona-se a suposições que condicionam as demais etc., importando salientar seu significado na concepção sistêmica do direito, em virtude da relevância que assume, conforme delinea Wellington Cabral Saraiva:

Os princípios constituem categoria específica de normas (em oposição à outra categoria, das regras), caracterizados, essencialmente, por serem densificação dos valores mais relevantes do ordenamento jurídico. Podem ser explícitos em enunciados linguísticos ou podem estar implícitos, o que não lhes retira a posição de proeminência de que desfrutam. **Têm como função essencial a de orientar e influenciar a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas**, que têm o status de simples

³⁰FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Crhristianne da Costa. **Cidadania Plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças.** 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 197.

regras, bem como, por isso mesmo, de todos os atos do poder público.³¹
(grifo nosso)

Segundo o mesmo autor, a função precípua dos princípios reside no fato de serem utilizados como fonte de integração do direito positivado, já que são dotados de alto grau de abstração e podem se amoldar ao caso concreto, dependendo da interpretação do operador do direito, com o fito de obter o preceito de determinada norma, mas nunca se desviado do mandamento central desta.

A respeito dos princípios constitucionais, a referida interpretação tem fundamento na titularidade que o povo exerce sobre o poder soberano. Por isso, aqueles que aplicam o direito podem e devem observar o mundo dos fatos, para auferir dentro da sociedade os sentidos dos valores empregados constitucionalmente, uma vez que tais princípios são estruturantes de toda a ordem jurídica que legitimam o próprio sistema jurídico.

Um princípio de grande relevância para coibir a discriminação em relação à homossexualidade está previsto no artigo 3º, IV da Constituição Federal, pois garante a promoção do bem de todos, implicando dizer que qualquer pessoa pode buscar sua felicidade, autoafirmando-se através da sua sexualidade, se assim desejar.

Todavia, o dispositivo foi mais explícito ao mencionar, entre outras formas de preconceito, a proibição de discriminação em razão do sexo e da orientação sexual, em total consonância com o inciso primeiro do citado artigo, quando institui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária e, também, que permita o exercício da cidadania plena para todos, conforme dispõe o art. 1º, II do mesmo diploma e muito bem questionado por Cláudio Amaral Bahia:

Irrefutável mostra-se a assertiva de que a homossexualidade é um fato concreto, real e existente nos mais diversos meios da sociedade. Entretanto, quando se indaga se tais pessoas (cidadãos brasileiros) possuem, efetivamente, os mesmos direitos dos chamados heterossexuais é que o problema surge. Será, realmente, que o só fato de um indivíduo ser

³¹SARAIVA. Wellington Cabral. **O caráter principiológico das normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13946-13947-1-PB.htm>>. Acesso em 20 fev. 2015.

homossexual lhe impede o pleno exercício da cidadania? A resposta será buscada na Constituição Federal.³²

Não seria possível alcançar tais mandamentos se as manifestações de discriminação não fossem repelidas na esfera jurídica, já que, no plano fático, as políticas públicas ainda se mostram tímidas, no que diz respeito ao sentido de concretizar os comandos constitucionais. Note-se a lição do art. 3º da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³³ (grifo nosso)

Mesmo que não existissem os princípios supramencionados, a Lei Maior elegeu a igualdade e a liberdade como direitos fundamentais, garantindo que todos os cidadãos tenham o direito a um tratamento isonômico, por isso a denominação do princípio da isonomia, conforme preceitua o artigo 5º, caput:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade, à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].³⁴ (grifo nosso)

Vive-se em uma democracia, por isso todos devem ser tratados de forma igual, seja a igualdade na lei, quando há referência à proibição do legislador, no que tange à elaboração das leis em sentido *lato sensu*; através da igualdade perante a lei, que se traduz na exigência de que os poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação; seja formalmente, como dispõe o *caput* do artigo já mencionado, ou mesmo materialmente, como bem ilustra Alexandre de Moraes:

³²BAHIA, Cláudio José Amaral. **Proteção constitucional à homossexualidade**. 25. ed. Leme: Mizuno, 2006, p. 13.

³³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, op. cit.

³⁴Ibid.

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito[...].³⁵

Aqueles que assumem a homossexualidade não esperam receber qualquer tipo de privilégio por parte da lei, mas apenas almejam os mesmos direitos, as prerrogativas, as vantagens e as obrigações impostas às pessoas heterossexuais, porque a orientação sexual de um indivíduo não é motivo para que ele seja tratado de forma diferenciada. De modo contrário, há uma afronta ao artigo 3º, IV da Constituição.

E como consequência da previsão do *caput* do artigo 5º, está o direito à liberdade, consistindo, neste caso, na faculdade que cada um possui de viver sua sexualidade, com a garantia do direito à intimidade e à privacidade. Assim, nas palavras de Cláudio José Amaral Bahia: “a liberdade, na medida em que se amplia, é um autêntico estado de propiciar ao homem completa efetivação da sua personalidade”.³⁶

Pois bem, por tudo que foi exposto, verifica-se que existe um arcabouço jurídico que está alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, em função dos direitos humanos e esses não podem ser concretizados sem a efetivação da dignidade, e dentre esses direitos humanos destaca-se o direito à sexualidade, em que essa não deve ser confundida com o ato sexual, pois segundo o Plano Nacional Brasil sem Homofobia, “a sexualidade transcende os limites do ato sexual e inclui sentimentos, fantasias, desejos, sensações e interpretações”.³⁷

O direito à sexualidade pode ser compreendido sob várias vertentes, como o direito à reprodução no sentido de autodeterminação reprodutiva; a escolha do exercício da sexualidade e sua forma; a possibilidade de uniões homoafetivas; a adoção por pares homoafetivos; o próprio direito de expressão sexual, dentre outros. Contudo, independentemente da forma como essa sexualidade se apresente (desde que não fira dispositivos legalmente previstos e pacificados pela jurisprudência), deve-se respeito, pois é impossível que um Estado, dito Democrático de Direito, com

³⁵ MORAES, op. cit., p. 36.

³⁶ BAHIA, op. cit., p. 58.

³⁷ CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação, op. cit., p. 29.

uma das Constituições mais avançadas do mundo, ainda possa aceitar a obscuridade nas questões ligadas à sexualidade.

O direito humano à sexualidade, especialmente em seu livre exercício, deve ser interpretado da forma mais extensiva possível, considerando o momento em que se vive, pois interpretações baseadas em falsos dogmas apenas fortalecem os laços que remete às pessoas e a um tempo que não as pertence mais.

Nesse tipo de debate, quando faltam argumentos, muitas vezes se afirma que as relações homoafetivas agridem os bons costumes, etc... Porém, não é mais possível ater-se a um pensamento tão retrógrado e frágil, pois cada costume deve ser contextualizado, já que seu valor e sua eficácia residem no momento histórico em que nasceu, uma vez que cada “moral é filha de seu tempo”, como bem mencionou o Dr. Marconi Pequeno, docente do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, em uma aula sobre os fundamentos dos direitos humanos.

E mais que isso, alimentar a intolerância só gera uma consequência, a abertura das portas para a entrada de mais intolerância e, dessa forma, não demorará muito para a instalação dos caos. É preciso redirecionar os olhos que estão fixados no retrovisor para enxergar o que está por vir.

4.3 LACUNAS NO DIREITO HOMOAFETIVO E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

O advento do direito homoafetivo trouxe consigo uma série de questionamentos, o que não causa surpresa, pois se trata de uma inovação no mundo jurídico e como tal a formação de conflitos já é esperada.

Ocorre que esses conflitos não são disciplinados por lei, pois existe uma lacuna expressiva com relação ao tema abordado, cabendo ao Poder Judiciário solucionar as demandas que lhe são submetidas, por meio dos mecanismos de integração do direito.

Identificando a inércia do poder legislativo, em realizar a sua função precípua, são oportunos os seguintes questionamentos: Por que não legislar sobre o tema? Por que preferir o silêncio?

Ao que parece, os legisladores preferem a indiferença diante da diferença, porém esse tipo de postura não possui condão de resolver os problemas,

ao contrário, eles apenas se multiplicam e, por vezes, tornam-se mais complexos. Tome-se por base o seguinte exemplo: dois homens (homossexuais) estão em uma lanchonete, conversando, um deles acaricia o rosto do outro, sendo notado por três jovens que estavam nessa mesma lanchonete, na mesa ao lado. Inconformados com o gesto de carinho de um dos homossexuais em relação ao seu companheiro, os três jovens discutem com os homossexuais e acabam por espancá-los e quando a polícia chega até o local, um dos homossexuais já está morto e os três jovens evadidos.

Uma cena bastante desagradável de ser presenciada, mais que não afetou o dia a dia das outras pessoas que estavam naquela lanchonete, elas seguiram normalmente, sem maiores indagações sobre aquela atitude de intolerância.

O pensamento de que uma pessoa pode ser homossexual, desde que essa condição fique isolada parece uma constante para muitas pessoas, é como se dissessem: “você no seu lugar e eu no meu”. Todavia, essa não é a forma de viver os novos tempos. Retome-se ao caso supracitado, só que agora ao invés dos homossexuais serem espancados, um dos três jovens atira várias vezes contra os homossexuais e um deles vem a óbito. A diferença agora é que o preconceito que se materializou no ataque aos homossexuais, fez como outra vítima uma criança que também foi atingida (acidentalmente).

Analisando o caso acima, percebe-se que a intransigência não pode ser alimentada sob pena de gerar maiores consequências. É como se diz popularmente: “a violência gera violência” e, no exemplo mencionado, o que parecia um caso isolado com homossexuais, acabou se estendendo para uma criança. Em outras palavras, a sociedade como um todo é atingida quando se insiste em fechar os olhos para os problemas e, no caso da homossexualidade, com certeza, não será negando direitos que ela vai desaparecer, é preciso disciplinar legalmente.

Objetivando colmatar a lacuna relacionada ao direito homoafetivo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com a colaboração das Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções, além dos movimentos sociais, elaborou o anteprojeto de lei denominado Estatuto da Diversidade Sexual, cuja síntese propõe o reconhecimento jurídico das questões relacionadas à homossexualidade, como bem dispõe o art. 1º:

Art. 1º - O presente Estatuto da Diversidade Sexual visa a promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, a lesbofobia, a bifobia e a transfobia, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos.³⁸

Convém se ressaltar os preceitos relacionados à livre orientação sexual, descritos no capítulo III do instituto em tela:

Art. 5º - A livre orientação sexual e a identidade de gênero constituem direitos fundamentais.

§ 1º - É indevida a ingerência estatal, social, religiosa ou familiar para coibir alguém de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais.

§ 2º - Cada um tem o direito de conduzir sua vida privada, não sendo admitidas pressões para que revele, renuncie ou modifique a orientação sexual ou a identidade de gênero.

Art. 6º - Ninguém pode sofrer discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero própria, de qualquer membro de sua família ou comunidade.

Art. 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo proibida qualquer prática que obrigue o indivíduo a renunciar ou negar sua identidade sexual.

Art. 8º - É proibida a incitação ao ódio ou condutas que preguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.³⁹

Em seu estágio atual, o Estatuto, acima mencionado, aguarda a adesão da população à petição pública que está disponibilizada no site www.estatutodiversidadesexual.com.br, objetivando ser apresentado ao Congresso Nacional por meio de iniciativa popular. Para tanto, a aludida petição deverá conter a assinatura de cerca de um milhão e meio de cidadãos.

4.4 O AVANÇO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Em virtude da lacuna legislativa existente em relação a regulamente da adoção por casais homoafetivos, os magistrados, com base no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº. 12.376/2012), procuram solucionar o caso concreto, através da jurisprudência, por exemplo, a fim de colmatar a ausência legislativa, pois não podem se recusar a julgar tendo como fundamento a

³⁸BRASIL. **Estatuto da Diversidade Sexual**. Disponível em: <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/p/estatuto.htm>. Acesso em 25 fev. 2015.

³⁹BRASIL. **Estatuto da Diversidade Sexual**, op. cit.

ausência de lei, o que ocasionaria violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim preleciona o artigo mencionado: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁴⁰

Sobre as normas jurídicas, muito bem complementa Flávio Tartuce:

Apesar de a lei ser fonte primária do Direito, não se pode conceber um *Estado Legal puro*, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas. Na verdade, a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida, ou seja, o piso mínimo para os debates jurídicos e para a solução dos casos concretos. Vigora o Estado de Direito, em que outros parâmetros devem ser levados em conta pelo intérprete do Direito. Em outras palavras, não se pode conceber que a aplicação da lei descabe para o mais exagerado legalismo (...).⁴¹ (grifo do autor)

No mesmo sentido, existe a aplicação do Art. 126 do Código de Processo Civil:

Artigo. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.⁴²

Na tentativa de resolver os conflitos, mais especificamente aqueles que são pautados na homoafetiva, há de se considerar os avanços pelas quais vêm passando as decisões judiciais, formando uma verdadeira jurisprudência sobre as questões relacionadas ao reconhecimento do direito das pessoas homossexuais, como será demonstrado adiante.

4.4.1 União homoafetiva e casamento civil

A Constituição de 1988, em seu artigo 266, reconheceu, legislativamente, a pluralidade dos arranjos familiares, do que se depreende que tal reconhecimento tem por base a vinculação afetiva, pois como justificar a união estável, por exemplo, outrora preterida e que a Carta Maior elevou ao patamar de família legitimada.

⁴⁰BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em 25 de fev. 2015.

⁴¹TARTUCE, op. cit., p. 4.

⁴²BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em 25 de fev. 2015.

Portanto, a família deve abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto, incluindo a família homoafetiva.

Acerca do artigo mencionado, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias apud Carlos Roberto Gonçalves afirmam: “A entidade familiar é plural e não mais singular, tem várias formas de constituição”.⁴³

Muito embora a Lei Maior não tenha feito referência de modo expreso sobre a família constituída por pessoas que se relacionem com outras do mesmo sexo, o comando previsto no artigo 226 deve ser interpretado em sentido amplo para proteger as entidades familiares, independentemente da orientação dos membros que a compõem, conforme explica Paulo Luiz Netto Lôbo apud Taísa Ribeiro Fernandes:

A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões [...]. A ausência de lei que regulamenta essas uniões não é impedimento para sua existência porque as normas do art. 266 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação.⁴⁴

Com propriedade, afirma Maria Berenice Dias:

Se basta o afeto para se ver uma família, nenhum limite há para seu reconhecimento. É desnecessária a presença de qualquer outro requisito ou pressuposto para sua identificação. Essa nova concepção tem levado cada vez mais a sociedade a conviver com os mais variados tipos e espécies de relacionamentos, mesmo que não mais correspondam ao modelo tido como “oficial”.⁴⁵

Em virtude do estigma social que a pessoa homossexual carrega, há uma forte resistência na aceitação do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo ou como alguns denominam parcerias homoafetiva. Para Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, a explicação está ligado ao conservadorismo, pois:

Isso abalaria a concepção de família natural e sagrada, definida pelos mais conservadorismos que são contra, inclusive as mudanças que ocorrem

⁴³PEREIRA; DIAS (2001), apud VENOSA, op. cit., p. 17.

⁴⁴LÔBO (2005) apud FERNANDES, op. cit., p. 50.

⁴⁵DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem sexo**. Disponível em:< http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_-_amor_n%E3o_tem_sexo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2015.

dentro das uniões heterossexuais quando estas redefinem valores, hábitos e comportamentos que eram considerados universais e imutáveis.⁴⁶

Com relevância, complementa Maria Berenice Dias apud Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia:

Considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade, deixando de ser marginalizados.⁴⁷

Para confirmar o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, apresenta-se, a seguir, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em 5 de maio de 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277-DF e ADPF 132-RJ, cujo julgamento deu ao art. 1.723 do Código Civil, interpretação conforme à Constituição Federal, para reconhecer a união estável homoafetiva e, conseqüentemente, como família.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”:** direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da

⁴⁶FARIAS; MAIA, op. cit., p. 64.

⁴⁷DIAS (2001) apud FARIAS; MAIA, op. cit., p. 51.

autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.** Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais

em que a República Federativa do Brasil seja parte”.5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). **RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. **Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** ⁴⁸ (grifo nosso)

Nessa decisão, verifica-se que os ministros do STF utilizaram como fundamento de suas deliberações, a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo e, em virtude da lacuna na lei, fizeram uso da analogia, a fim de que as uniões homoafetivas recebessem o mesmo tratamento das uniões estáveis heterossexuais. Ademais, a homossexualidade é um fato social inegável, merecedor de um tratamento jurídico igualitário que se coaduna com a manutenção de um Estado Democrático de Direito e que deve viabilizar o exercício da cidadania para todos, independentemente de orientação sexual.

Já o Superior Tribunal de Justiça - STJ, exercendo sua função maior de uniformizar o direito infraconstitucional, deu provimento ao recurso especial nº. 1.183.378 – RS, cujo julgamento ocorreu em 15 de outubro de 2011, determinando que o processo relativo à habilitação de casamento entre duas mulheres prosseguisse, pois reconheceu que inexistia vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme ementa abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514,

⁴⁸BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277.** Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Julgamento em 05.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu/>> Acesso em 20 fev. 2015.

1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento Superior Tribunal de Justiça - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multifformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse designio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família*. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. **7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.** Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). **E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de**

constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do Superior Tribunal de Justiça pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. **10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.** 11. Recurso especial provido.⁴⁹ (grifo nosso)

É oportuno ressaltar-se que, entre os fundamentos apresentados, os ministros do STJ invocaram tanto o direito à diferença como forma de realização da igualdade como o livre planejamento familiar, este previsto no art. 226, §7º da Constituição Federal. E, ao final, destacaram o poder-dever do Judiciário na proteção dos mais vulneráveis, como forma de efetivação da democracia, em detrimento da inércia legislativa brasileira, no que tange ao tema ora discutido.

Considerando que a Carta Maior, em seu art. 226, § 3º determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento e que o STF se posicionou sobre a união homoafetiva, e o STJ sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, já não se encontram impedimentos para a sua legalização. Nesse universo se tem observado que muitos tribunais brasileiros já editaram provimentos nesse sentido, conforme matéria publicada no Jornal eletrônico Montes Claros:

Tribunais de 12 estados brasileiros e do Distrito Federal já autorizam o casamento de pessoas do mesmo sexo. Segundo a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, nesses estados já

⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.183.378. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 25.10.11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=18810976&num_registro=201000366638&data=20120201&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 16 fev. 2015.

há provimentos das corregedorias de Tribunais de Justiça determinando que os cartórios realizem o casamento civil e a conversão da união estável de gays em casamento civil entre homossexuais. Esse direito é garantido nos estados de Alagoas, Sergipe, Espírito Santo, Bahia, Piauí, São Paulo, Ceará, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rondônia, Santa Catarina e Paraíba, além do Distrito Federal. No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça diminuiu a burocracia, mas ainda cabe a cada juiz decidir sobre os pedidos. O casamento entre pessoas do mesmo sexo começou a ser autorizado a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, reconheceu aos casais do mesmo sexo o direito à união estável.⁵⁰

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por meio do Corregedor Geral de Justiça, o Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos editou o provimento nº. 06/2013 (publicado no Diário da Justiça em 30 de abril de 2013) que dispõe sobre a escrituração da união estável homoafetiva nas serventias extrajudiciais do Estado da Paraíba, regulamentando a conversão da união estável homoafetiva em casamento e autorizando o processamento dos pedidos de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, segundo dados da assessoria de comunicação daquele tribunal, a Paraíba passou a ser o 13º Estado da Federação a consentir o casamento homoafetivo.

Anterior ao provimento, supracitado, não havia, na Paraíba, uma uniformidade de interpretação sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que acabava gerando tratamento desigual, pois alguns cartórios extrajudiciais não realizavam o procedimento, sob a argumentação de que não havia uma resolução ou provimento da Corregedoria vinculada a determinado Tribunal. Mas, pouco tempo depois da publicação da matéria supramencionada, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por meio de seu Presidente, o Min. Joaquim Barbosa, editou a Resolução nº. 175/2013 (publicada no Diário da Justiça em 15 de maio de 2013) que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo:

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

Art. 2º. A recusa prevista no artigo 1º implica a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.⁵¹

⁵⁰ **TRIBUNAIS de 12 estados e do Distrito Federal autorizam o casamento gay.** Disponível em: <<http://montesclaros.com/noticias.asp?codigo=63301>>. Acesso em 10 de fev. 2015.

⁵¹ **BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.** Resolução nº. 175/2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf> Acesso em 16 fev. 2015.

A resolução do CNJ é apenas uma das formas de dar um tratamento igualitário às relações homoafetivas dentro do território nacional, evitando que alguns estados permitissem o casamento homoafetivo, por exemplo, enquanto outros negassem tal procedimento.

Ademais, é muito frágil o argumento utilizado por aqueles que são contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, quando afirmam que a união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo contraria a estruturação da família, pois ocorre justamente o contrário, a luta pelo reconhecimento dos direitos homoafetivos é a prova que existe um movimento pró-família e não contra ela. A busca pela constituição de um núcleo familiar, composto pelos casais homoafetivos e filhos, por exemplo, em nada pode afrontar a sociedade, aliás, não há nada de novo no desejo de construir uma família.

4.4.2 Adoção homoafetiva

A adoção unilateral, ou seja, por pessoas solteiras, tem previsão no artigo 42, *caput*, não havendo qualquer vedação, seja explícita, seja implicitamente no texto menorista em relação à impossibilidade de uma pessoa de orientação homossexual adotar sozinha. Todavia, existe uma forte resistência no que concerne à adoção conjunta por casais homossexuais, como bem observa Taísa Ribeiro Fernandes:

Alguns doutrinadores, que têm abordado a matéria, deixam de fazer uma distinção, que consideramos propedêutica e essencial. A adoção por pessoas homossexual (adoção unilateral) não tem gerado as reações e objeções que se apresentam à adoção por duas pessoas que mantêm uma parceria afetiva (adoção conjunta).⁵²

Pode-se afirmar que não há qualquer óbice à adoção por casais homoafetivos. Por mais que se investigue, seja na lei ou na literatura, para se encontrar a resposta que explique o motivo pelo qual as pessoas homossexuais são tolhidas em seu direito, tal indagação se verte em uma só direção: o preconceito e os muitos mitos fomentados em torno dele.

⁵²FERNANDES, op. cit., p. 105.

Ocorre, portanto, que a jurisprudência está exercendo um papel muito importante no amparo jurídico a essa tipo de demanda, pois já vem decidindo de forma favorável à adoção por casais homoafetivos, conforme demonstra-se em algumas decisões proferidas em anos anteriores.

Minas Gerais - APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DO MESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros).⁵³

Rio Grande do Norte - CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). PROCESSO CIVIL. CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE POSITIVO. AÇÃO DE GUARDA PROVISÓRIA E ADOÇÃO. CRIANÇA ABANDONADA EM UMA CAIXA À PORTA DA RESIDÊNCIA DOS RECORRENTES. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS EM CONDIÇÕES PECULIARES DE DESENVOLVIMENTO. EDIÇÃO DA LEI FEDERAL N. 12.010/09. PREVISIBILIDADE DE ADOÇÃO CONSENTIDA. ART. 166 DO ECA. ART. 50, § 13, DO ECA. AUSÊNCIA DE ANTINOMIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. APLICABILIDADE DA CORRENTE EXTENSIVA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO PRÉVIA EM CADASTRO À PECULIARIDADE DO CASO. PERDA DO PODER FAMILIAR. CONSTATAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PELOS APELANTES, ALÉM DE TEREM DOMICÍLIO E EMPREGO CERTOS. IDONEIDADE MORAL E MENTAL COMPROVADAS. CRIANÇA NÃO SUJEITA À SITUAÇÃO DE RISCO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA DE

⁵³BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001**, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Julgamento em 02.02.12. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=1#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

VIOLAÇÃO ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁵⁴

Mato Grosso - APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL FORMADO POR PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. A omissão legal não significa inexistência de direito, tampouco quer dizer que as uniões homoafetivas não merecem a tutela jurídica adequada, inclusive no que tange ao direito de adotar, motivo pelo qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de adoção. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família, de modo que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana. Sendo possível conceder aos casais formados por pessoas do mesmo sexo tratamento igualitário ao conferido às uniões estáveis entre heterossexuais, não há que se falar em impossibilidade de adoção por casais homossexuais, ainda mais quando nem o ECA tampouco o Código Civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. Assim, na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo referido estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando.⁵⁵

Paraná - APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO ADOTANTE HOMOSSEXUAL LIMITAÇÃO DE IDADE DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. A adoção é um ato que envolve a criação de vínculos afetivos, onde pais e filhos se adotam na nova relação, independentemente da orientação sexual dos adotantes.⁵⁶

Rio de Janeiro - APELAÇÃO CÍVEL. SOCIEDADE HOMOAFETIVA. ADOÇÃO À BRASILEIRA. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO PERICULUM IN MORA. Menor que demonstra carinho e afeto pela ré, ora apelada, que é sua genitora para efeitos legais. Inexistência de elementos convincentes nos autos que indiquem que a ré não tem condições de cuidar da menor e que esta esteja em situação de risco. Recurso ao qual se nega provimento.⁵⁷

São Paulo - ADOÇÃO - PEDIDO EFETUADO POR PESSOA SOLTEIRA COM A CONCORDÂNCIA DA MÃE NATURAL - POSSIBILIDADE - HIPÓTESE ONDE OS RELATÓRIOS SOCIAL E PSICOLÓGICO COMPROVAM CONDIÇÕES MORAIS E MATERIAIS DA REQUERENTE PARA ASSUMIR O MÍSTER, A DESPEITO DE SER HOMOSSEXUAL -

⁵⁴BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível 2010.001974-9**, 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Vivaldo Pinheiro. Julgamento em 29.04.10. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

⁵⁵BRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação Cível 78200/2009**, 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas. Julgamento em 28.04.10. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t>> Acesso em 01 fev. 2015.

⁵⁶BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0648257-5**, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Costa Barros. Julgamento em 12.05.10. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t>> Acesso em 01 fev. 2015.

⁵⁷BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.50128**, 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Heleno Ribeiro P. Nunes. Julgamento em 05.11.08. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>>> Acesso em 01 fev. 2015.

CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO IMPEDE A ADOÇÃO QUE, NO CASO PRESENTE, CONSTITUI MEDIDA QUE ATENDE AOS SUPERIORES INTERESSES DA CRIANÇA, QUE JÁ SE ENCONTRA SOB OS CUIDADOS DA ADOTANTE - RECURSO NÃO PROVIDO.⁵⁸

Rio de Janeiro - ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido.⁵⁹

Rio de Janeiro - ADOÇÃO. ELEGIBILIDADE ADMITIDA, DIANTE DA IDONEIDADE DO ADOTANTE E REAIS VANTAGENS PARA O ADOTANDO. ABSURDA DISCRIMINAÇÃO, POR QUESTÃO DE SEXUALIDADE DO REQUERENTE, AFRONTANDO SAGRADOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DE DIREITOS HUMANOS E DA CRIANÇA. APELO IMPROVIDO, CONFIRMADA A SENTENÇA POSITIVA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.⁶⁰

Rio Grande do Sul - APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal).

⁵⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 51.111-0**, Câmara Especial. Relator: Oetterer Guedes. Julgamento em 11.11.99. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>>> Acesso em 01 fev. 2015.

⁵⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 14.332/98**, 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Miranda Magalhães. Julgamento em 23.03.99. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>>> Acesso em 01 fev. 2015.

⁶⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 14.979/98**, 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Miranda Magalhães. Julgamento em 21.01.99. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>>> Acesso em 01 fev. 2015.

Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁶¹

Reforçando todo o exposto, deve-se destacar a decisão histórica do STJ, que de forma inovadora rejeitou o recurso interposto em desfavor da adoção por um casal homoafetivo, em abril de 2010, reafirmando o entendimento de que nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança.

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. **Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança.** Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. **Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores.** Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificou cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona

⁶¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70013801592**, 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento em 05.04.06. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#/>> Acesso em 01 fev. 2015.

mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.⁶² (grifo nosso)

Em dezembro de 2012, o STJ proferiu acórdão sobre pedido de adoção, tendo por um dos seus fundamentos a decisão do STF no que pertine ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nessa decisão, a equiparação da união estável homoafetiva à união estável heterossexual serviu de argumento para demonstrar que outros direitos podem ser estendidos aos casais homoafetivos, como por exemplo, o direito à paternidade pela via da adoção:

São Paulo - CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. **A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.** IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm

⁶²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 889.852. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 27.04.10. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=38#t>> Acesso em 13 fev. 2015.

disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial. Não Provido.⁶³ (grifo nosso)

Com o posicionamento do STJ, favorável à adoção por casais homoafetivos, o tema recebeu o devido reconhecimento e, dessa forma, na ausência da lei disciplinando a matéria, os magistrados devem utilizar a jurisprudência como fonte integrativa, cujo papel é de grande valor na solução de casos controvertidos e, como se verifica, os avanços alcançados através de decisões judiciais corroboraram para a defesa dos direitos de pessoas de orientação homossexual.

⁶³BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.281.093.** Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 18.12.12. Disponível em: <
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=38#t>> Acesso em 01 fev. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do tema abordado apresenta grande relevância, uma vez que em torno das relações afetivas e, principalmente sexuais, gravitam calorosas discussões, sendo imperioso esclarecer que o exercício responsável da sexualidade, faz parte das questões relativas à homoafetividade e deve ser considerado como um direito humano.

A humanidade vem passando por diversas transformações, seja de cunho econômico, político, religioso, tecnológico, social, enfim, muitos são os fatores que fazem com que os costumes sejam alterados, assim como o próprio direito positivado, ainda que esse não consiga acompanhar a evolução da sociedade no mesmo ritmo.

Nesse aspecto, chama-se a atenção para o tratamento que é dispensado às pessoas que assumem publicamente uma sexualidade que não segue o “padrão” ou que não é considerada comum, ou seja, as pessoas com orientação homossexual, pois essas, em inúmeras situações, são excluídas, rechaçadas, atingidas em sua dignidade, já que carregam consigo um estigma social em virtude de sua condição sexual.

Pelo simples fato de serem vistas como seres anormais, algumas vezes tidos como promíscuos, muitas pessoas questionam a possibilidade dos homossexuais terem direitos basilares reconhecidos, como constituir uma família, com companheiro e filhos, inclusive através do instituto jurídico da adoção, criando uma espécie de mito.

Ora, a realidade social demonstra a mutação pela qual vem passando a composição familiar, não havendo motivos para que a família homoafetiva seja excluída do rol da pluralidade das formas de família que existe atualmente.

Privar uma pessoa de assumir e exercer sua sexualidade é mais que um desrespeito ao indivíduo e ofende a dignidade da pessoa humana, pois a Constituição veda o preconceito em razão do sexo ou quaisquer outras formas de discriminação.

Do que foi apresentado, verificou-se na primeira seção que a homossexualidade faz parte da história da humanidade e que em outras épocas a relação entre pessoas do mesmo sexo não era reprovada como atualmente, pois estava ligada a questão do *status* social. No entanto, na Idade Média ganhava força

a ideia de que tal prática era pecado, até mesmo uma doença, um desvio de comportamento, reconhecido inclusive pela medicina, posicionamento que foi ultrapassado quando a OMS retirou a homossexualidade do quadro das doenças.

Também foi constatado que expressão orientação sexual é a mais apropriada para designar a condição sexual de um indivíduo, uma vez que a homossexualidade pode ser considerada como uma das três variantes de orientação sexual e que, ainda, existem dúvidas relacionadas à identidade de gênero, ou seja, a forma como o indivíduo se identifica, no caso, como um homem ou uma mulher, o que pode estar desvinculado do sexo biológico e, nesse sentido, foi apresentada a sigla LGBT que representa o movimento social na luta pelos direitos da diversidade sexual.

Na terceira seção, conferiu-se que é na consideração do homem como protagonista de um nascedouro jurídico, que se deve levar em conta os direitos humanos e que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é clara ao garantir que todos podem e devem ser respeitados em sua condição humana, o que leva a concluir que a homossexualidade, enquanto condição do ser, possui um documento internacional que a protege, garantindo o livre exercício da sexualidade e conseqüentemente da orientação sexual.

Considerando os equívocos na utilização das terminologias sexo e sexualidade, foi esclarecida a diferença entre esses termos, visto que a expressão sexualidade envolve uma série de variantes que se referem às elaborações culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais e corporais que compreendem desde o erotismo, o desejo e o afeto, entre outras, o que não corresponde ao mero ato físico do sexo.

Na última seção, houve a oportunidade de aprofundar o conhecimento sobre a homoafetividade, especialmente sobre as perspectivas constitucional e jurisprudencial. Averiguou-se que a expressão direito homoafetivo vem sendo bastante difundida e vem sendo utilizada como forma de representar aquela especificidade do direito que vai tratar das questões pautadas no reconhecimento dos direitos referentes aos homossexuais, tais como união entre pessoas do mesmo sexo, adoção por casais homoafetivos, mudança de sexo, etc...

Ainda na seção anteriormente referida, enalteceu-se a correlação entre direito homoafetivo e direitos humanos, pois na medida em que o livre exercício da sexualidade faz parte da condição de cada ser, deve-se levar em conta que os

sujeitos das relações homossexuais são seres humanos como quaisquer outros, motivo pelo qual o direito homoafetivo deve ser interpretado como um direito humano.

Ressaltou-se, ainda, a importância de enxergar-se a sexualidade como um direito humano, com proteção constitucional, pois a Carta Magna proíbe explicitamente a discriminação em virtude do sexo e demonstrou-se que existe uma lacuna expressiva com relação ao direito homoafetivo, em virtude da inércia legislativa, motivo pelo qual foi dado ênfase ao anteprojeto de lei denominado Estatuto da Diversidade Sexual, cuja síntese propõe o reconhecimento jurídico das questões relacionadas à homossexualidade.

Por fim, comprovou-se a importância da jurisprudência na ausência da lei, para solução dos conflitos relacionados à homoafetividade, por meio da exposição de decisões proferidas pelo STF, no ano de 2011, em que reconheceu a união estável homoafetiva e a decisão proferida pelo STJ, também no ano de 2011, em que autorizou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, confirmada posteriormente pela Resolução 175/2013 do CNJ, que impede a recusa dos cartórios extrajudiciais, quanto ao pedido de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que reflexamente gera outros direitos como a paternidade pela via da adoção, questão essa já decidida em 2010 por meio de acórdão do STJ.

Por todos os pontos apresentados ao decorrer do trabalho apresentado, não pode haver impedimentos de ordem legal para que uma pessoa exerça sua sexualidade de forma livre (desde que responsavelmente) e que, em virtude de assumir sua orientação sexual, lhe sejam negados os direitos basilares, apenas porque não estão expressos na literalidade de uma norma.

A sexualidade faz parte da condição humana e, como tal, deve ser reconhecida como um direito humano. Portanto, os julgados dos tribunais são conquistas na legitimação dos direitos homoafetivos, especialmente quando se está presenciando um fenômeno de desconstrução ao se tratar da regulamentação do tema ventilado, por meio do poder legislativo, pois este se mantém inerte, talvez na tentativa de reforçar a invisibilidade dos direitos em questão.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. MARTINS, Ferdinando; ROMÃO, Lilian; LINDNER, Liandro; REIS, Toni (Orgs.). **Manual de Comunicação LGBT**. Curitiba: Ajir Artes Gráficas e Editora. 2010. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2015.

BAHIA, Cláudio José Amaral. **Proteção constitucional à homossexualidade**. 25. ed. Leme: Mizuno, 2006, p. 13.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 25 de fev. 2015.

_____. **Conselho Federal de Psicologia**. Resolução CFP nº 001/09. **Orientação Sexual**. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em 10 mar. 2015.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº. 175/2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf> Acesso em 16 fev. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos dos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2015.

_____. **Estatuto da Diversidade Sexual**. Disponível em: <<http://www.estatutodiversidadesesexual.com.br/p/estatuto.htm>>. Acesso em 25 fev. 2015.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 25 de fev. 2015.

_____. **Projeto de decreto legislativo nº. 234/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001**, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Julgamento em 02.02.12. Disponível em: <

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=1#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível 2010.001974-9**, 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Vivaldo Pinheiro. Julgamento em 29.04.10. Disponível em: <
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação Cível 78200/2009**, 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas. Julgamento em 28.04.10. Disponível em: <
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0648257-5**, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Costa Barros. Julgamento em 12.05.10. Disponível em: <
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.50128**, 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Heleno Ribeiro P. Nunes. Julgamento em 05.11.08. Disponível em: <
<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 51.111-0**, Câmara Especial. Relator: Oetterer Guedes. Julgamento em 11.11.99. Disponível em: <
<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 14.332/98**, 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Miranda Magalhães. Julgamento em 23.03.99. Disponível em: <
<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 14.979/98**, 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Miranda Magalhães. Julgamento em 21.01.99. Disponível em: <
<http://direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1268,1243,1230,1161,764,404,849,782,402,401,>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70013801592**, 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento em 05.04.06. Disponível em: <
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t/>> Acesso em 01 fev. 2015.

_____. **Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277.** Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Julgamento em 05.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu/>> Acesso em 20 fev. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.183.378.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 25.10.11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=18810976&num_registro=201000366638&data=20120201&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 16 fev. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 889.852.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 27.04.10. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=38#t>> Acesso em 13 fev. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.281.093.** Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 18.12.12. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=38#t>> Acesso em 01 fev. 2015.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia:** Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Brasil%20sem%20Homofobia.pdf>>, p. 29. Acesso em 13 mar. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24_-_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf>. Acesso em 20 fev. 2015.

_____. **Amor não tem sexo.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_-_amor_n%E3o_tem_sexo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. **Um novo direito: Direito Homoafetivo.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/55_-_um_novo_direito_-_direito_homoafetivo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. **União homossexual:** o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais:** a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniãos homossexuais: efeitos jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Método, 2004.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Crhistine da Costa. **Cidadania Plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 197.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 116-117.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

MOREIRA, Andrei. **A Homossexualidade sob a ótica do espírito imortal**. Disponível em: <<http://amemg.com.br/2012/01/11/%E2%80%9Ca-homossexualidade-sob-a-otica-do-espirito-imortal%E2%80%9D-entrevista-com-andrei-moreira/>>. Acesso em 05 mar. 2015.

RABENHORST, Eduardo R. O que são direitos humanos. In: ZENAIDE, Mariade Nazaré Tavares; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; NÁDER, Alexandre Antônio Gili (Orgs). **Direitos Humanos: capacitação de educadores**. V. 1: Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da Educação em Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008, p. 16.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004>. Acesso em 14 fev. 2015.

SARAIVA, Wellington Cabral. **O caráter principiológico das normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13946-13947-1-PB.htm>>. Acesso em 20 fev. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único, 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1.038.

TRIBUNAIS de 12 estados e do Distrito Federal autorizam o casamento gay. Disponível em: <<http://montesclaros.com/noticias.asp?codigo=63301>>. Acesso em 10 de fev. 2015.