

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III

RENATO DURO DIAS

ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326

Gênero, sexualidades e direito III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Renato Duro Dias, Robson Antão De Medeiros – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-346-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Gênero. 3. Sexualidades. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III

Apresentação

O Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito III, sob a Coordenação dos Professores Doutores Renato Duro Dias – FURG e de Robson Antão de Medeiros – UFPB, teve a apresentação realizada no dia 08 de dezembro de 2016, no XXV Congresso do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na cidade de Curitiba – Paraná, dividida em quatro blocos, assim descrita: 1 - gênero, feminismo e direitos humanos; 2 – gênero, relações laborais; 3- sexualidades e 4 – gênero e matérias penal e constitucional.

O primeiro bloco que trata da temática de gênero, feminismo e direitos humanos, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 1 - Feminismo jurídico: notas introdutórias, de autoria de Twig Santos Lopes...; 2 – A importância dos movimentos sociais na luta pelos direitos das mulheres a partir da incorporação do discurso dos direitos humanos, de autoria de Luciana Correa Souza.; e 3 - Violência de gênero, o feminismo como sujeito e a jurisdição constitucional, de autoria de José Roberto Anselmo e Ricardo Augusto Bragiola.

O segundo bloco que trata da temática de gênero e relações laborais, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 4- Trabalho, neoliberalismo e feminismo: análise da justiça de gênero no modelo teórico de Nancy Fraser, de autoria de Samia Moda Cirino; 5 - Que horas ela volta? a subalternidade do emprego doméstico e a diferencial distribuição da precariedade na vida das mulheres, de autoria de Luciana Alves Dombkowsch e Renato Duro Dias 6- A inserção feminina ao mercado de trabalho através de concurso público: as relações de poder na defensoria pública do Estado do Espírito Santo, de autoria de Lívia Salvador Cani e 7 - A advogada na contemporaneidade e o papel da OAB na implementação de políticas públicas voltadas para a redução das diferenças de gênero, de autoria de Sergio Pereira Braga e Isabella nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond.

O terceiro bloco que trata da temática de sexualidades, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 8 - A função social do direito e o reconhecimento do nome social e identidade de gênero: o papel dos atores sociais no desenvolvimento do estado democrático de direito, de autoria de Rogério Sato Capelari e Antonio José Mattos do Amaral; 9 - Cada um no seu lugar: reforço dos estereótipos de gênero na publicidade infantil e a construção da identidade pessoal, de autoria de Tatiana Mareto Silva Cristinae Grobério Pazó; 10 - Travestilidades – o corpo em cena: notas sobre a efetividade dos direitos da personalidade das pessoas travestis no Brasil, de autoria de Carolina Grant Pereira; 11 - O

reconhecimento do direito às sexualidades: uma análise por meio dos direitos fundamentais, de autoria de Amanda Netto Brum e 12 - Possibilidade jurídica do casamento gay no Brasil: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade e do direito fundamental à liberdade, de autoria de Fabrício Veiga Costa e Renata Mantovani De Lima.

O quarto bloco, e último, que trata da temática de gênero e matérias penal e constitucional, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 13- (In)eficácia das medidas protetivas na Lei Maria da Penha, de autoria de Nefi Cordeiro; 14 - Da Lei Maria da Penha ao feminicídio: análise da violência doméstica e familiar e dos homicídios de mulheres no Brasil, de autoria de Lucelaine dos Santos Weiss Wandscheer; 15 - Aborto: um grave problema de saúde pública e de justiça social, de autoria de Maria Cláudia Crespo Brauner e Liane de Alexandre Wailla e 16 - Legalização do aborto: medida democrática e inclusiva de direitos das mulheres, de autoria de Emmanuella Magro Denora e Fernando De Brito Alves.

É importante ressaltar que a temática envolvendo Gênero, Sexualidades e Direito são questões transdisciplinares desenvolvidas nos diversos cursos de pós-graduação em Direito nas cinco regiões do Brasil. Revela-se, ainda, pelas apresentações e discussões no GT que o tema merece destaque, dada a emergência nos estudos culturais. Enquanto espaço de promoção, defesa e discussões acadêmicas e jurídicas o GT Gênero, Sexualidades e Direito, junto aos eventos do CONPEDI, inova e revela pesquisas com qualidade científica e social.

Por fim, ressalta-se a importante iniciativa do/das professor/as Renato Duro Dias (FURG), Cecilia Caballero Lois (UFRJ) e Silvana Beline Tavares (UFG) em propor a criação do GT e a chancela pelo CONPEDI, dando guarida a tão relevante temática.

Prof. Dr. Renato Duro Dias - FURG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

**POSSIBILIDADE JURIDICA DO CASAMENTO GAY NO BRASIL: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DIREITO
FUNDAMENTAL À LIBERDADE**

**POSSIBILITY OF LEGAL GAY MARRIAGE IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM
THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE
FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM**

Fabício Veiga Costa ¹
Renata Mantovani De Lima ²

Resumo

Família para Constituição brasileira de 1988 é um conceito aberto, plural, democrático e inclusivo. O Supremo Tribunal Federal reconheceu como família as uniões estáveis homoafetivas pautado na liberdade de escolha, igualdade e vedação de discriminação de gênero. A partir dos mesmos fundamentos constitucionais, reconhece-se o casamento gay no Brasil, independentemente da existência prévia de união estável homoafetiva. Trata-se de contrato escrito, que regula questões materiais e imateriais, realizado por pessoas capazes, com observância das formalidades legais. A ausência de proibição legal expressa do casamento gay no Brasil o torna lícito, pois o que não é proibido é permitido.

Palavras-chave: Palavras-chave: casamento gay, Possibilidade jurídica, Princípio da legalidade, Direito fundamental de liberdade de escolha, Licitude do objeto

Abstract/Resumen/Résumé

Family to Brazil's 1988 Constitution is an open concept, plural, democratic and inclusive. The Supreme Court recognized as the family homoafetivas stable unions founded on the freedom of choice, equality and sealing gender discrimination. From the same constitutional grounds, gay marriage is recognized in Brazil, regardless of the prior existence of stable homosexual union. It is a written contract, which regulates material and immaterial issues, performed by capable people with the legal formalities. The absence of express statutory prohibition of gay marriage in Brazil makes it lawful for what is not prohibited is allowed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gay marriage, Legal possibility, Principle of legality, Fundamental right to freedom of choice, Legality of the object

¹ Doutor em Direito Processual Pucminas. Pós-Doutor em Educação UFMG. Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna.

² Doutora com pesquisa realizada na Itália. Professora da graduação e Programa Stricto Sensu da Universidade de Itaúna.

1. Introdução

A presente pesquisa científica tem o propósito desconstruir reflexões metajurídicas e de cunho dogmático-religioso sobre a sexualidade humana, especificamente sobre a Homossexualidade, visando apresentar proposições de cunho jurídico-constitucionais sobre a diversidade sexual e a construção do conceito de orientação e identidade sexual a partir da racionalidade discursiva enquanto fundamento jurídico do princípio da democracia. Partindo-se desse pressuposto teórico e dessa hipótese científica inicial pretende-se demonstrar constitucionalmente que o conceito de família é aberto e plural, construído a partir do princípio da autonomia privada, o que assegura a cada cidadão o direito de escolher a forma mais adequada de constituir família a partir da afetividade enquanto elemento estruturante do Direito das Famílias.

O objetivo geral da presente pesquisa científica é demonstrar a possibilidade jurídica do casamento gay no Brasil, partindo-se de uma interpretação sistemático-constitucionalizada e inclusiva dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático. Ou seja, a interpretação literal e gramatical do texto legal e constitucional não pode ser visto como óbice ao reconhecimento do direito de pessoas do mesmo sexo contraírem matrimônio. Sabe-se que o casamento é um contrato escrito, celebrado por pessoas maiores e capazes, que deverão observar as formalidades legais e ter um objeto lícito.

Especificamente pretende-se investigar a licitude do objeto do contrato de casamento gay, compreendendo a temática em tela sob a égide da constitucionalidade democrática. Para isso será importante diferenciar o princípio da legalidade no âmbito do direito público e do direito privado. Para o direito público, a legalidade consiste em fazer apenas o que a lei autoriza expressamente (legalidade no sentido estrito), ou seja, o lícito para os publicistas é agir apenas nos limites específicos do que a norma jurídica estabelece. Já para o direito privado, legalidade consiste em fazer o que a lei permite e autoriza

expressamente, como também fazer o que a lei não proíbe expressamente; ou seja, para o direito privado ilícito é apenas o que a lei expressamente proíbe, haja vista que o que não está proibido é juridicamente permitido por lei.

A justificativa da escolha do tema decorre da sua relevância teórica e prática, haja vista que é comum a utilização de argumentações metajurídicas (axiológicas, morais, religiosas) para justificar uma interpretação restritiva e discriminatória do tema casamento gay. É comum encontrarmos argumentos exegéticos, decorrentes de interpretações literais e gramaticais, que a ausência de previsão ou autorização expressa da lei torna inviável juridicamente o casamento gay. A partir dessas premissas iniciais, questiona-se: se duas pessoas do mesmo sexo, maiores e capazes, resolvem contrair matrimônio, qual a justificativa jurídica para negar tal pretensão? O casamento gay possui objeto ilícito que o torne inviável de ser realizado no direito brasileiro? A ausência de norma jurídica permitindo expressamente o casamento gay o torna juridicamente ilícito? A realização do casamento gay depende obrigatoriamente da existência previa de uma união homoafetiva a ser convertida em casamento? Esses são os questionamentos científicos que nortearão o debate crítico-constitucional do objeto da presente pesquisa, que será desenvolvida sob a ótica da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais no Estado Democrático.

Por isso, inicialmente desenvolver-se-á um levantamento histórico com o propósito de demonstrar que a homossexualidade é um fato social existente ao longo da história da humanidade e, assim, não pode mais ser vista como uma patologia, mas sim como um fato social inerente, especificamente, à sociedade contemporânea. Nesse contexto, pretende-se demonstrar que o Direito não pode ficar alheio a esse fato social e, por isso, deverá ser visto como uma ciência hábil a legitimar o exercício livre dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático. Ao Judiciário cabe o dever de compreender as Uniões Homoafetivas e o Casamento Gay como entidades familiares decorrentes do entendimento jurídico-constitucionalizado de que a Constituição Democrática trouxe no seu bojo um conceito aberto sobre o que é entidade familiar. Nesse ínterim pretende-se demonstrar que não reconhecer o casamento gay como algo juridicamente

possível no direito brasileiro é uma forma de exteriorizar um pensamento positivista, dogmático, ideológico, moral e religioso que visa afastar a inclusão de cidadãos no exercício legítimo de seus direitos.

Dessa forma verifica-se que não se pode admitir o entendimento de que os casamentos gays não são admitidos no direito brasileiro por pensar assim é legitimar a violação do Direito Fundamental a Igualdade, configurando expressa vedação ao princípio da democracia.

Negar o reconhecimento jurídico do casamento gay no Brasil é uma forma de legitimar pressupostamente a interpretação da Constituição brasileira de 1988 a partir de argumentações axiologizantes, além de negar a inclusão e a proteção isonômica e o direito fundamental de escolha a pessoas em razão de sua orientação sexual.

Quanto à metodologia utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica mediante consulta a livros e artigos científicos que discutem direta ou indiretamente o tema, além da pesquisa documental efetivada mediante análises críticas das fontes secundárias. A delimitação do problema teórico e o levantamento das hipóteses científicas norteadoras do foco da presente pesquisa foi possível através do método dedutivo, que viabilizou partir de um concepção macroanalítica, qual seja, o entendimento plural e aberto do que é família, para compreender especificamente a possibilidade jurídica de reconhecimento do casamento gay como entidade familiar validamente reconhecida pelo direito brasileiro.

2. Da Historicidade, dos aspectos científicos e religiosos da Homossexualidade.

Considerada por muitos teóricos como uma doença¹ ou um distúrbio de personalidade associada a questões genéticas², a homossexualidade vem sendo

¹ Conforme Nestor Eduardo Teson a homossexualidade acompanha a humanidade desde o gênesis e passou por varias linguagens culturais. De estética a doença, muitas foram as teses que tentaram classificar a orientação sexual sem, contudo, uma definição aceita. Existem vários estudos sobre as causas da homossexualidade, porém não existem estudos conclusivos. Só se pode afirmar, com certeza, que a Organização Mundial de Saúde (OMS) não classifica a

objeto de inúmeros debates pautados na perspectiva interdisciplinar, uma vez que se trata de um tema de inúmeras nuances, cujo entendimento crítico pressupõe a ruptura com inúmeros conceitos e preconceitos solidificados socialmente na cultura da humanidade. Mesmo diante dessa divergência toda é importante esclarecer que “a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida, que não viola qualquer norma jurídica nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros” (BARROSO). É importante esclarecer que o homossexualismo deixou de ser classificado como doença pela Organização Mundial de Saúde desde o ano de 1989, uma vez que o prefixo *ismo* designa doença, razão essa que o mais adequado cientificamente hoje é falarmos em homossexualidade.

Nesse contexto não se pode pensar a homossexualidade como mera opção sexual, até porque a sexualidade é uma construção sócio-cultural-científica que para ser compreendida são necessárias muitas outras variáveis. Cientificamente é mais adequado trabalharmos a homossexualidade não como opção sexual, mas sim como orientação ou identidade sexual³. Sabe-se que a homossexualidade é

homossexualidade como doença. TESON, Nestor Eduardo. *Fenomenologia da Homossexualidade masculina*. Disponível: <http://homossexualidade.sites.uol.com>. Data de Acesso: 28 jul 2016.

² “A neurocientista Simon Lê-Vay identificou que o hipotálamo (região do cérebro que controla certos impulsos sexuais) dos homossexuais masculinos tem a metade do tamanho do hipotálamo dos heterossexuais, mais especificamente de dimensão semelhante ao das mulheres [...] Gradativamente vem prevalecendo a tese de que a homossexualidade provém de um estado da natureza, com origens biológicas, e não culturais, sem que se possa dizer que este é o papel mais importante, conforme destaca Sandra Witelson, psiquiatra canadense que analisou o cérebro de 10 heterossexuais e de 11 homossexuais [...] Américo Luiz Martins da Silva traz um estudo da Universidade de Ontário (Canadá), revelando que os homossexuais masculinos tem impressões digitais com um padrão característico mais aproximado das microestrias femininas do que das estrias dos heterossexuais, acabando por concluir que tudo leva a crer que a homossexualidade integraria a própria estrutura biológica do ser humano {...} Recente pesquisa sueca, realizada com mais de 90 pessoas, demonstrou que o cérebro dos gays é fisicamente parecido com o de mulheres heterossexuais, enquanto o de lésbicas se assemelha ao de homens heterossexuais. O estudo sugere que fatores biológicos são capazes de influenciar na orientação sexual, como a exposição à testosterona no útero, que pode moldar a anatomia cerebral”. DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva – O preconceito e a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 54/55.

³ “ [...] 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 independe 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, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou Direitos Fundamentais”. (DIAS).

uma questão cuja explicação não pode ser dada mediante aspectos exclusivamente genéticos ou biológicos, uma vez que a pluralidade e a diversidade sexual impediria chegarmos a tal conclusão. Respostas acerca do porquê algumas pessoas são homossexuais e outras não são poderiam ser explicadas mediante a análise de inúmeros fatores, tais como o desejo e a construção de uma identidade sexual a partir de valores morais e da cultura. Talvez a única certeza que a humanidade tem hoje é que cada ser humano tem que ser integralmente respeitado e protegido no que diz respeito à construção livre e independente de sua identidade sexual. O entendimento da homossexualidade a partir de pré-conceitos não compreendidos objetivamente pela ciência, e sim metacientificamente pelo conhecimento vulgar, é o que justifica conclusões precipitadas, pressupostas e preconceituosas.

Sob o ponto de vista da psicanálise as causas e os fundamentos da homossexualidade continua sendo um desafio. Sigmund Freud não considerava a homossexualidade como uma inversão ou perversão sexual, mas associava a prática homossexual a uma variação do desenvolvimento sexual (DIAS, 2009, p. 55). A grande preocupação hoje dos psicanalistas é orientar a sociedade não necessariamente sobre as causas ou os fundamentos da homossexualidade, mas sim, oferecer conhecimentos científicos suficientes para que a sociedade aprenda a conviver com o pluralismo democrático e a diversidade sexual. Nesse sentido é oportuna a demonstração do entendimento do Conselho Federal de Psicologia e de Serviço Social:

Para evitar que o preconceito seja alimentado ou que se use práticas terapêuticas para curar homossexuais, o Conselho Federal de Psicologia baixou a Resolução 1/1999, orientando os profissionais da área sobre como proceder. No mesmo sentido, o Conselho Federal de Serviço Social editou a Resolução 489/2006, vedando condutas discriminatórias por orientação sexual no exercício profissional do assistente social (DIAS, 2009, p. 57).

A identidade ou a orientação sexual não pode ser imposta ao homem, uma vez que deve ser assegurado a cada ser humano o direito de livremente construir sua identidade sexual, conforme os seus desejos e anseios. Nesse sentido temos:

A sexualidade humana é um fenômeno complexo. Entre a atração forte e exclusiva de um homem por uma mulher, de um homem por outro homem, ou de uma mulher por outra mulher, existe uma infinidade de sensações sexuais e emocionais: o desejo, a excitação ou mesmo a frieza em qualquer relacionamento humano depende dos indivíduos inseridos em determinada situação e não em quaisquer das especificações arbitrárias que poderiam ser impostas através de sociedade, tais como os rótulos que tentam definir se o indivíduo é heterossexual ou homossexual. Assim, um bebê do sexo masculino não deve ser rotulado como heterossexual apenas porque nasceu com esta definição sexual, mas sim estar livre para que sua orientação sexual se desenvolva sem os freios da sociedade (TESON).

Dessa forma afirma-se que toda reflexão construída a partir do tema sexualidade, especificamente a homossexualidade, deve ser vista na perspectiva sócio-cultural e interdisciplinar, e nunca exclusivamente a partir da dogmática e da moral religiosa.

Apesar do preconceito, é inegável que a homossexualidade esteja intrinsecamente ligada a história da humanidade:

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas... Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico, e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenando-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que têm a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos.

A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que, na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade (Apel. Cív. n. 70001388982, 7ª Câm. Cív., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. em 14.03.2001).

A história da homossexualidade⁴ coincide com a existência humana, uma vez que a compreensão da relação afetivo-sexual entre pessoas do mesmo sexo é compreendida de forma distinta nos diversos períodos da história da humanidade. Por isso não é razoável pensar que o comportamento homossexual sempre foi reprimido pela sociedade, uma vez que tais padrões de comportamento sexual (homossexualidade, bissexualidade, heterossexualidade) prevaleceram, foram aceitos e condenados pela sociedade de forma profundamente distinta, conforme o período da história em que for analisado. Dessa forma, é possível afirmar que a prática do homoerotismo sempre foi uma constante nas sociedades civis, porém a sua aceitabilidade e tratamento é que varia nas sociedades ao longo da história. Dessa forma é oportuno o posicionamento de Maria Berenice Dias:

A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem

⁴ “Nas duas grandes civilizações antigas – cujo pensamento definiu a cultura ocidental – a homossexualidade era amplamente aceita. Representava estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes. Fazia parte do tecido social da Grécia antiga e era importante também no Império Romano. Com o nome de pederastia, a homossexualidade ocupava um lugar na estrutura social como ritual sagrado. Apesar de os povos antigos aceitarem o amor entre homens, era valorizado apenas o pólo ativo da relação. Isso se explica porque o machismo, já naquela época, identificava o ato sexual ativo como postura masculina, sendo o ato sexual passivo tido como postura feminina. Na Grécia, o livre exercício da sexualidade fazia parte do cotidiano dos deuses, reis e heróis. O mais famoso casal masculino da mitologia grega era formado por Zeus e Ganimede. Lendas falam do amor de Aquiles por Pátroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. [...] Na cidade-Estado de Esparta, cuja sociedade dava mais ênfase ao desenvolvimento militar do que ao cultural, o amor entre homens tinha enfoque um pouco diferenciado. Era estimulado dentro do exército, para torna-lo ainda mais eficiente. Isso se explica por um simples fato: quando o soldado ia para a guerra, não estaria lutando apenas por sua cidade-Estado; lutava também para proteger a vida de seu amado, aumentando, obviamente, o grau de dedicação e empenho do combatente. [...] Em Roma, a prática homossexual, com o nome de sodomia, não se ocultava. Era vista como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. O preconceito da sociedade romana existia somente contra quem assumia a condição de passividade. Era feita associação com impotência política. A censura recaía sobre quem desempenhava a posição passiva da relação, na medida em que implicava debilidade de caráter. Como quem assumia o papel passivo eram os rapazes, mulheres e escravos – todos excluídos da estrutura do poder -, clara a relação entre masculinidade-poder-político e passividade-feminilidade-carência de poder. Havia uma diferença fundamental entre gregos e romanos: os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por meninos livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação. Assim, era-lhes permitido apenas o amor por jovens escravos”. (DIAS, 2009, p. 35-37).

interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças – CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo ‘homossexualismo’ foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo ‘ismo’ significa doença, enquanto o sufixo ‘dade’ quer dizer modo de ser ⁵(DIAS, 2006, p. 174).

No Egito Antigo, por volta do século V A.C, o Sagrado Exército de Tebas, era formado por homossexuais, mais especificamente 150 casais de amantes, cuja característica era a invencibilidade. Além disso, verificam-se registros no Egito Antigo que os nobres possuíam escravas e escravos para a prática sexual, além dos jovens pajens. Na Grécia Antiga, considerada o berço da filosofia, não se pode falar especificamente em uma padrão rígido e definitivo de sexualidade. Na própria Mitologia Grega temos inúmeros registros de deuses, semi-deuses e vários seres homossexuais e bissexuais.

Ainda na Grécia Antiga, é possível observar claramente a aceitabilidade da prática homossexual como elemento integrante da vida em sociedade, uma vez que a bissexualidade era sinônimo de virilidade e a prática homossexual carregava em si o intuito exclusivamente carnal. O homoerotismo era uma prática comum entre os filósofos da época, conforme se verifica nas vidas de Platão, Sócrates e Safos, grandes exemplos da homossexualidade na Antiguidade Clássica. Observa-se que nesse período da história da humanidade embora fosse possível verificar práticas homoeróticas, o seu intuito era precipuamente a satisfação do prazer sexual e não o propósito de constituir famílias, uma vez que a idéia que se tinha de família, nessa época, ainda estava atrelada a finalidade de procriação. É por isso que a mulher era vista muito mais como um objeto voltado para garantir a procriação e a perpetuação da espécie humana e as relações homoeróticas um meio de satisfação do prazer sexual.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 174.

A Roma Antiga é caracterizada pela liberdade sexual e pela busca do prazer da carne. É nesse sentido que podemos afirmar que praticamente todos os imperadores deixaram clara a sua orientação homo e bissexual através de vários registros históricos de verdadeiras orgias ocorridas⁶.

O advento da Idade Média⁷ foi marcado pelo dogmatismo religioso que solidificou a monogamia como princípio norteador do casamento, considerado a única forma de constituir família e cuja finalidade era a procriação. Dessa forma, a homossexualidade passou a ser repudiada em virtude da moral católica reconhecer como legítima apenas as relações existentes entre homens e mulheres com o propósito de garantir efetivamente a procriação e a perpetuação da espécie. O Direito Canônico passou a estabelecer princípios e normatizar condutas no Direito de Família, cujas bases se encontram no dogmatismo e na moral católica, tendo em vista que a mulher era vista nas relações familiares muito mais como um objeto do que como sujeito, pois estava proibida de buscar o prazer através do sexo, uma vez que o seu dever era servir o marido e garantir-lhe a procriação. O patriarcalismo, a heterossexualidade⁸, a monogamia, o dever de

⁶ Nenhum outro império foi tão poderoso, extenso e glorioso quanto o romano. Dos últimos 15 imperadores, apenas um (Cláudio) não deixou referências quanto a sua homo ou bissexualidade. Julio César, Tibério, Calígula, Nero, Adriano, Heliogábalo, Galba, Caracala, entre outros, foram adeptos do amor proibido. A luxúria proporcionada pela ostentação, e riqueza, era grande. Nos palácios ocorriam verdadeiras orgias. Vestir-se de mulher era uma brincadeira comum, como acontece em nosso carnaval. Até Constantino (312 D.C), a homossexualidade não seria encarada como um problema por nenhuma sociedade. Embora algumas religiões citem o episódio de Sodoma e o velho testamento, tradutores garantem que houve um erro de tradução, no primeiro caso, e uma grotesca alteração, no caso do segundo, durante a Idade Média. Disponível: <http://www.revistaladoa.com.br/website/artigo.asp?cod=1592&idi=1&moe=84&id=1061>. Data de Acesso: 15 ago. 2016.

⁷ “Na Idade Média, a homossexualidade estava mais presente nos mosteiros e nos acampamentos militares. Mesmo assim, curiosamente, era a Igreja, por meio da Santa Inquisição, a maior perseguidora dos homossexuais. Esta foi a época da mais severa penalização à prática homossexual. Havia um sentimento crescente, na Igreja, de que a sodomia era o maior dos crimes, pior até mesmo do que o incesto entre mãe e filho. O III Concílio de Latrão, de 1179, tornou a homossexualidade crime. O primeiro código ocidental prescreveu pena de morte à sua prática. As legislações dos séculos XII e XIII penalizavam a sodomia, sendo que inexistia o termo homossexualismo”. (DIAS, 2009, p. 38).

⁸ “A sacralização da união heterossexual aconteceu na Idade Média. O casamento – sem nada perder de seu viés patrimonial – foi transformado em sacramento. Somente as uniões devidamente abençoadas pela Igreja eram válidas, firmes e indissolúveis. O ato sexual foi reduzido à fonte de pecado. Deveria ser evitado, exceto no matrimônio, única hipótese em que poderia ser praticado – assim mesmo em condições de máximo recato – para cumprir o ditame cresci e multiplicai-vos. A virgindade era cultuada como um estado mais abençoado do que o próprio casamento, e o sexo ligado ao prazer estava associado à noção de impureza, transgressão, conduta pecaminosa,

fidelidade, o casamento como fonte de procriação e não como busca do prazer sexual são algumas marcas características da Idade das Trevas. Nesse contexto registram-se perseguições intermináveis aos homossexuais pelos inquisidores, punindo-os de forma brutal e severa. A grande crítica que se pode fazer ao período histórico da Idade Média é a supressão das liberdades individuais pela moral católica, que proibia práticas sexuais voltadas ao prazer da carne.

No período do Renascimento a homossexualidade não deixou de ser repelida socialmente, porém pode-se afirmar que houve um maior aprimoramento das discussões no tocante a questão. A Codificação da Legislação Civil na Idade Moderna e o advento do Código Civil brasileiro de 1916 retratam fielmente o dogmatismo e a moral católica no que tange ao tratamento dado ao Direito de Família. O conceito de família continuou fechado, uma vez que o casamento entre homem e mulher era considerado a única forma de constituir famílias. A legislação pátria à época excluía claramente inúmeras outras formas de constituição de família, tendo em vista o caráter patrimonialista, patriarcal e individualista da legislação civil brasileira do início do século XX, que excluía a autonomia privada e o Direito Fundamental a Liberdade como parâmetros jurídicos para o entendimento crítico-democrático das entidades familiares.

Na segunda metade do século XX, especificamente a partir da década de 60, iniciou-se a divulgação das diversas formas de expressão de sexualidade, conferindo maior visibilidade e legitimidade aos homossexuais. Houve a popularização de Movimentos Organizados de Proteção dos Direitos e de Repressão a qualquer tipo de discriminação ou ato de violência dos homossexuais, o que permitiu a institucionalização do Dia do Orgulho Gay. Com o advento da Constituição de 1988 houve ampliação expressa do conceito (anteriormente fechado e restritivo) de entidade familiar, agora constituída pelo casamento, União Estável ou Monoparentalidade. Mesmo assim o legislador constituinte originário deixou clara a intenção de proteger apenas entidades

mesmo dentro do casamento. A Igreja rejeitou qualquer prazer ou sensualidade que pudessem ser atribuídos ao sexo marital. Adotou a idéia de que o sexo estava estritamente ligado ao divino e ao sagrado". (DIAS, 2009, p.39).

familiares constituídas por um homem e uma mulher, visando excluir as entidades familiares homoafetivas.

A Ciência do Direito não fechar os olhos para a realidade social, tampouco ser um instrumento para fomentar o preconceito, a discriminação, a desigualdade e a não oportunização de exercício de Direitos Fundamentais. Partindo-se do pressuposto de que o pluralismo e a diversidade representam o substrato para justificar a democratização do exercício de direitos e que a efetivação e exercício da cidadania perpassa pela igualdade e liberdade é que se faz necessário prosseguir o debate crítico acerca da relação existente entre preconceito, desigualdade, cidadania e diversidade sexual.

3. Homossexualidade, Preconceito e Cidadania.

Considerada constitucionalmente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania se efetiva com a exequibilidade dos Direitos Fundamentais previstos no plano constituinte e a construção do Estado Democrático de Direito sob o enfoque e a perspectiva discursivo-participada. Ou seja, somente é possível jurídico-constitucionalmente pensarmos uma sociedade democrática se tivermos como ponto de nossa reflexão científica o princípio da isonomia e o Direito Fundamental a Igualdade.

Por isso é imprescindível esclarecer inicialmente que mesmo que a desigualdade seja uma marca da análise pragmática da vida em sociedade não se pode partir do pressuposto de que sob o ponto de vista jurídico exista qualquer diferença ou desigualdade entre os cidadãos. A justificativa de tal afirmação encontra-se na premissa de que a igualdade jurídica é o pressuposto fundamental para o exercício democrático da cidadania. É com fundamento nas premissas inicialmente apresentadas que se pretende demonstrar que a discriminação por orientação sexual é um fato que se exterioriza socialmente mediante o entendimento de que a homossexualidade é considerada por muitos como um desvio de conduta ou um estigma caracterizador de uma identidade marginal.

O argumento da ilegalidade ou da ausência de previsão legal é muitas vezes utilizado para mascarar o preconceito e inviabilizar o exercício da cidadania pelos pares homoafetivos, uma vez que a sistematicidade democrática visa garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais igualmente a todos os cidadãos, não havendo no Direito Pátrio qualquer argumento suficiente para justificar a exclusão de proteção jurídica das relações homoafetivas como entidades familiares constituídas com base no afeto.

A discriminação e o preconceito contra os homossexuais manifestam-se de forma direta, indireta ou velada, e a consequência, na maioria das vezes, é um tratamento jurídico injustificamente diferenciado para constituir a restrição ou supressão no exercício de direitos.

O *déficit legislativo* não pode ser utilizado como justificativa para legitimar o preconceito e a supressão de exercício da cidadania pela discriminação. É dever do Judiciário coibir tais discriminações mediante interpretação sistêmico-constitucional dos Direitos Fundamentais e implementá-los pela superação de um Direito compreendido pelo dogmatismo do positivismo, utilizado como instrumento para excluir dos cidadãos o exercício de seus direitos. Nesse sentido temos:

A lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social, não tendo o legislador condições de prever tudo que é digno de regramento. As relações afetivas são as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos e, em face da aceleração com que se transforma a sociedade escapam ao direito positivado. Compete ao Judiciário colmatar as lacunas, conscientes de que as regras legais existentes não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Ante situações novas, a busca de subsídios em regras ditadas para outras relações jurídicas tende a soluções conservadoras. Por outro lado, não reconhecer direitos sob o fundamento de inexistir previsão legal, bem como se utilizar de normas editadas em diverso contexto temporal nada mais são do que a negação de direitos. Assim, é dever da jurisprudência inovar diante do novo (DIAS, 2004, p. 24).

Importante esclarecer que qualquer tipo de discriminação ou preconceito, especificamente aquele contra os homossexuais, não pode ser combatido mediante meras propostas legislativas. Punir o autor de tais atos discriminatórios não coibirá a intolerância e a homofobia, uma vez que sua aceitabilidade perpassa

pelo debate crítico-social pautado no princípio da igualdade. A realização de debates voltados para o esclarecimento da sociedade acerca da previsão constitucional que veda qualquer tipo de discriminação de origem, raça, sexo, cor e idade, bem como da tolerância como requisito para a implementação da Democracia em uma sociedade plural podem ser vistos como alternativas para a efetivação da Cidadania, o pleno exercício dos Direitos Fundamentais a todos indistintamente e o reconhecimento social do casamento gay.

4. Homossexualismo X Homoafetividade: entidade familiar?

A ausência de previsão legal não pode ser usada como fundamento para justificar o não reconhecimento jurídico das Uniões Homoafetivas como entidades familiares, uma vez que o legislador constituinte, no artigo 226, trouxe um rol meramente exemplificativo das entidades familiares (casamento, união estável e monoparentalidade), viabilizando, assim, o exercício da liberdade e da autonomia privada como parâmetros hábeis a justificar outras formas de constituição de família, tais como as homoafetivas, eudemonistas e anaparentais.

Partindo-se desse pressuposto verifica-se que o argumento da ausência de previsão legal e da diversidade de sexo ser requisito para a constituição de família são verdadeiros escudos utilizados pelos magistrados e pelo Ministério Público para mascarar o preconceito, a homofobia e a perpetuação do dogma religioso de meios legítimos de constituição de famílias. A fundamentação jurídico-constitucional suficiente para o reconhecimento das Uniões Homoafetivas como entidades familiares encontra-se no exercício da cidadania, na dignidade da pessoa humana, no princípio da afetividade, na autonomia privada, na pluralidade das famílias, na proibição constitucional de quaisquer discriminações, especificamente as referentes a orientação sexual, no Direito Fundamental a Liberdade e na proteção jurídica da intimidade.

O fato da sociedade brasileira ser estigmatizada como heterossexual, não existem justificativas jurídicas suficientemente plausíveis para a exclusão das uniões homoafetivas como entidades familiares. *“Em 1991, a Anistia Internacional considerou violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade,*

classificada como direito fundamental que se encontra sob a proteção do Estado Democrático de Direito (WELTER)”.

A ciência do Direito não pode ignorar a realidade social, uma vez que pensar assim é admitir o Direito como um instrumento de legitimação das diferenças, do preconceito, da discriminação. O reconhecimento jurídico de uma realidade social não deve partir apenas do legislador, que muitas vezes é intencionalmente omissivo. Ao Judiciário cabe o dever de interpretar juridicamente o contexto social, não apenas sob a ótica do legislador, mas, acima de tudo, a partir de entendimento crítico-constitucional-princiológico na pós-modernidade (LEAL, 2002, p. 30), assegurando a todos, indistintamente, a igualdade, a não exclusão, o exercício de direitos e o repúdio a todo tipo de preconceito e discriminação. Pensar a Ciência do Direito sob a ótica exclusivamente positivista é legitimar o tratamento jurídico desigual com o propósito discriminatório, haja vista que o *déficit legislativo* é algo comum a nossa cultura jurídica. Além disso, é importante ressaltar que a Lei é apenas uma fonte do Direito, que deve ser pensada na perspectiva princiológica e constitucionalizada. Não pode o Judiciário, com base em argumentos exclusivamente legalistas e decorrentes da interpretação literal da lei, negar direitos legítimos aos cidadãos, pois admitir isso é institucionalizar a exclusão e o preconceito. A dogmatização da diversidade de sexos e a tradição heteronormativa como requisito intrínseco à constituição de família representa concepção teórica de natureza medieval, pautada no Direito Canônico, desconsiderando o afeto como o principal elemento estrutural para refletirmos a constituição de entidades familiares num contexto plural e democrático.

A Jurisdição enquanto Poder-Autoridade, pautada na subjetividade do julgador e decorrente de argumentos metajurídicos, não pode ser reconhecida como meio legítimo e democrático de resolução de conflitos de interesses. A Jurisdição Constitucional deve ser vista como um Direito Fundamental potencializador do exercício efetivo da cidadania no Estado Democrático de Direito. Ou seja, os argumentos utilizados para a reflexão crítico-constitucionalizada na proteção das Uniões Homoafetivas pelo Direito das Famílias não podem decorrer do arbítrio, da subjetividade e da concepção

axiologizante do julgador. Pensar assim é admitir o processo e a jurisdição como instrumentos de relativização das instituições democráticas e comprometimento de qualquer previsibilidade dos julgamentos (segurança jurídica).

Nesse sentido, não restam dúvidas acerca da possibilidade jurídica do casamento gay no Brasil, uma vez que pela principiologia constitucional e sistemática dos Direitos Fundamentais não existem justificativas racionais suficientes para negar tal proteção jurídica. A única justificativa suficiente para explicar a impossibilidade jurídica do casamento gay é aquela decorrente de argumentações de cunho metajurídico e de natureza dogmático-religiosa de uma interpretação literal do Direito pátrio no sentido de excluir tal proteção jurídica. Considerando que o Direito não pode fechar os olhos para a realidade social, que a Constituição brasileira de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, que o processo constitucional democrático é a garantia assegurada aos cidadãos para o exercício pleno dos Direitos Fundamentais, que as normas constitucionais vedam qualquer tipo de discriminação (especificamente a decorrente de orientação sexual) e que há, em nosso ordenamento jurídico, a previsão de exercício do Direito Fundamental a Liberdade e a Igualdade, ficam evidentes os fundamentos jurídicos para justificar a possibilidade jurídica do casamento gay como entidade familiar.

5. Relações Homoafetivas: União Estável ou Casamento?

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 477.554/MG, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF já pacificou o entendimento jurídico acerca da possibilidade jurídica de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Trata-se de provimentos jurisdicionais que reconhecem a união estável homoafetiva como entidade familiar. A presente pesquisa pretende discutir se o casamento gay é juridicamente possível no Brasil a partir dos mesmos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que se trata de forma legítima de constituição de entidade familiar.

Considerando que orientação ou identidade sexual é uma construção social e não predeterminada por questões de cunho genético, sabe-se que negar o reconhecimento jurídico do casamento gay como entidade familiar é considerar que o afeto não é o fundamento das relações familiares e que a diversidade de sexo, a procriação e o patriarcalismo continuam sendo a finalidade base do casamento. É retroceder, em termos de reflexões científicas, uma vez que a construção constitucionalizada do direito democrático perpassa pelo respeito às liberdades individuais e à igualdade como corolários da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto pretende-se discutir a problemática do casamento gay na contemporaneidade. O primeiro questionamento que se faz é acerca de sua possibilidade jurídica, considerada por muitos profissionais do direito algo inviável, em virtude da ausência de previsão legal. A justificativa para esse posicionamento novamente é o positivismo jurídico e o legalismo arraigado na cultura jurídica, que serve como escudo e justificativa para excluir o exercício de direitos. Em um juízo *a priori* entende-se que o casamento gay no Brasil representaria uma afronta a moral, aos bons costumes e, principalmente ao direito, em virtude da ausência de previsão legal. Porém, no momento em que pensamos o Direito Democrático a partir dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais, especificamente a Liberdade, Autonomia Privada, Igualdade e Dignidade Humana, verifica-se ser juridicamente possível o casamento gay no Brasil em virtude da vedação legal em sentido contrario. Mesmo que houvesse vedação legal quanto ao contrato de casamento de pessoas do mesmo sexo tal norma não poderia ser aplicada em virtude de sua evidente inconstitucionalidade, uma vez que viola expressamente os Direitos Fundamentais a Igualdade e a Liberdade. Qual a justificativa jurídica para autorizar o casamento de um homem e uma mulher e proibir o casamento de pessoas do mesmo sexo? Certamente o argumento utilizado não é de natureza jurídico-constitucional-democrática, mas sim de cunho religioso, moral e metajurídico.

Na realidade dos fatos o casamento gay seria uma forma de retirar da clandestinidade relacionamentos estáveis e com o intuito de constituir família

constituídos socialmente por pessoas do mesmo sexo. O contrato de casamento, enquanto instrumento formal de reconhecimento da família, certamente seria uma alternativa para rompermos com essa argumentação dogmática que resiste em reconhecer como família os pares homoafetivos. Ao admitir o casamento gay o Estado legitimará, de forma definitiva, a constituição de famílias homoafetivas e sepultará todas as discussões morais e religiosas utilizadas como parâmetro para o não reconhecimento de direitos aos pares homoafetivos. A institucionalização do casamento gay é algo plenamente possível no Brasil, tendo em vista tratar-se de um Estado Laico e cujos parâmetros para o reconhecimento de direitos dos cidadãos não pode ser a religião.

Ao analisar o Direito Comparado verifica-se que países como a Espanha, Alemanha e o Reino Unido já regulamentaram o casamento gay e demonstraram, de forma inequívoca, que aos Estados caberão o dever de viabilizar o exercício legítimo da Autonomia Privada e das Liberdades Individuais de seus cidadãos. Não é legítimo que os Estados definam, de forma taxativa, o que é família, pois devem reconhecer juridicamente as formas que a sociedade elege de constituição de entidades familiares. O Brasil ainda encontra-se preso a valores morais e religiosos como parâmetro para pensar o Direito Democrático, o que representa um verdadeiro retrocesso, em termos jurídicos, no que tange ao entendimento crítico do princípio da autonomia privada. Verifica-se, portanto, que todo o debate proposto funda-se em discussões de natureza jurídico-constitucional. A construção de uma sociedade democrática, livre e igual perpassa pela ruptura com a castração religiosa, com o dogmatismo moral, com o preconceito e a discriminação. O que precisamos é fomentar o debate sobre o tema diversidade sexual para proporcionar condições de entendimento e aceitação pela sociedade civil quanto à homossexualidade, bissexualidade, transexualismo e outras formas de manifestação social da sexualidade. O Direito não pode ficar alheio a esse debate e, por isso, deve ser visto como instrumento para legitimar os Direitos Fundamentais e combater o preconceito e a exclusão. O Judiciário deve atuar no sentido de reprimir, punir e combater toda conduta que venha a violar o exercício livre de direitos.

6. Conclusão

O princípio da democracia compreendido a partir da racionalidade discursiva é o fundamento garantidor do reconhecimento jurídico-constitucional das entidades familiares construídas socialmente e que merecem proteção jurídica no Direito pátrio. Dessa forma verifica-se que os princípios da vedação de discriminação, dignidade da pessoa humana, autonomia privada e o Direito Fundamental a Liberdade são considerados os fundamentos de natureza constitucional para o reconhecimento do casamento gay como entidade familiar no Estado Democrático de Direito, até porque o legislador constituinte, no artigo 266, propôs um conceito aberto e plural de entidades familiares a partir do pressuposto de que ao Estado não cabe legislar taxativamente sobre o que é família, mas sim garantir o reconhecimento jurídico das modalidades estáveis de constituição de famílias construídos socialmente.

Não é possível admitir, sob o ponto de vista constitucional e democrático, a utilização de critérios metajurídicos, de cunho homofóbico e discriminatório para excluir o casamento gay enquanto entidades familiares. Não pretendeu o legislador constituinte estabelecer a diversidade de sexos como requisito indispensável à constituição de família, até porque a vedação constitucional de discriminação e o Direito Fundamental a Igualdade representam o parâmetro jurídico suficiente para excluir tal entendimento.

O casamento é um contrato escrito que regula entre as partes questões materiais e imateriais. Trata-se de negócio jurídico, cujos requisitos legais de validade são o objeto lícito, a capacidade dos agentes e a observância das formas prescritas e não defesas em lei. A partir dessas premissas pode-se afirmar que duas pessoas do mesmo sexo civilmente capazes e que observam as formalidades legais não podem encontrar óbice jurídico no dogmático argumento de ilicitude do objeto do respectivo contrato. A licitude do objeto do presente contrato justifica-se na premissa de que “o que não é proibido é permitido” no âmbito do direito privado, ou seja, a ausência de norma jurídica expressamente

proibindo o casamento gay o torna juridicamente possível no direito brasileiro, haja vista o direito fundamental de liberdade de escolha, o direito de igualdade e a vedação de tratamento discriminatório, fundamentos esses decorrentes da interpretação extensiva e sistemática do texto da Constituição brasileira de 1988.

A ausência de norma jurídica autorizando expressamente o casamento de pessoas do mesmo sexo não pode servir de justificativa para proibi-lo, uma vez que no âmbito da autonomia privada as pessoas podem escolher a forma como constituirão família e o Estado não tem legitimidade jurídica para negar a proteção jurídica aos pares homoafetivos.

Outra questão que deve ser esclarecida é que a realização do casamento gay não se condiciona obrigatoriamente a comprovação de existência prévia de união estável homoafetiva. A conversão da união estável homoafetiva é uma das formas de legitimar o casamento gay no Brasil, conforme estabelece expressamente o texto da Constituição brasileira de 1988 ao prever que uniões estáveis poderão ser convertidas em casamento. Casais gays que não constituíram previamente união estável tem o direito de se casar em quando preencherem os requisitos legais: capacidade civil dos nubentes, cumprimento das formalidades legais e licitude do objeto decorrente da inexistência de norma jurídica proibitiva.

O casamento gay, uma vez reconhecido pelo Direito pátrio, certamente garantirá a formalidade exigida por alguns juristas e julgadores e, por isso, deve ser visto como um instrumento para assegurar aos pares homoafetivos ruptura com um processo histórico de marginalidade social, exclusão e discriminação. Pensar o Direito de Família nos moldes paternalistas, visualizar o casamento a partir do princípio da monogamia, entender que a procriação é dever absoluto do casamento são alguns dos entendimentos suficientemente utilizados para demonstrar a violação do princípio da autonomia privada.

A partir dessas considerações é inegável que o reconhecimento jurídico do casamento gay como entidade familiar terá como consequência o exercício de diversos direitos, tais como, pleitear pensão por morte, de filiação homoafetiva, alimentos, sucessão e partilha de bens. Adotar entendimento jurídico contrário é

legitimar a exclusão, o preconceito, a discriminação por orientação sexual e confirmar a violação do princípio da autonomia privada.

7. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais.pdf>. Data de Acesso: 21 jun.2016.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva – O preconceito e a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002

LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. ago. – set. 2008, ano X, nº 5.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TESON, Nestor Eduardo. *Fenomenologia da Homossexualidade masculina*. Disponível: <http://homossexualidade.sites.uol.com>. Data de Acesso: 28 de julho de 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. Família Homoafetiva: Limites Constitucionais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Fev.-Mar. 2008, ano IX, nº 2.