

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

SILVANA BELINE TAVARES

LOIANE DA PONTE SOUZA PRADO VERBICARO

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner; Silvana Beline Tavares; Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-624-6

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT: Gênero, Sexualidades e Direito I, realizado no XXVII Encontro do CONPEDI, em Salvador, no dia 14 de junho de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Foram apresentados 22 trabalhos dentro de uma variedade de temáticas e multiplicidade de perspectivas teóricas e que envolvem as principais questões que são objeto de atenção de diversas áreas, mas que tem recebido especial atenção dos juristas, engajados com a luta pelo fim das discriminações entre homens e mulheres. A partir de uma perspectiva de defesa da diversidade, da individualidade e das sexualidades, questionam-se os papéis de gênero, o patriarcado, heterossexismo, homofobia e transfobia, nas suas mais variadas manifestações.

Esta publicação conta com a participação de juristas experientes bem como a contribuição de jovens pesquisadores que, atuando especialmente na área do Direito, perceberam a importância da perspectiva transdisciplinar como caminho propulsor da transformação e de reconhecimento da diversidade humana.

Os estudos de Gênero vêm ganhando atenção mundialmente e, via de consequência, os juristas percebem nesses novos estudos um grande desafio para renovação do Direito, com o objetivo de promover o respeito à diversidade e à dignidade humana.

Assim, as discussões temáticas que integram a presente publicação propõem, no âmbito de cada uma das questões enfrentadas, uma atuação mais democrática dos cidadãos, cidadãs, e dos e das profissionais, permitindo a busca de soluções para os problemas sociais contemporâneos, relativos às temáticas que entrelaçam gênero, sexualidades e Direito.

Para analisar a servidão ao patriarcado, Camyla Galeão de Azevedo e Loiane Prado Verbicaro no artigo “A doçialidade da servidão e a amargura da liberdade: uma análise do patriarcado sob a perspectiva da servidão voluntária”, analisam a noção de servidão voluntária da obra de La Boétie, como possibilidade de compreensão da opressão das mulheres a partir dos conceitos de inferioridade e submissão que reforçam a lógica hierárquica de desigualdade de gêneros.

Ao apresentar o artigo “A importância da luta dos movimentos sociais feministas no desenvolvimento da tipificação do feminicídio e na busca por igualdade entre os gêneros”, Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske fazem um breve histórico do que denomina de ativismo social feminino, enfatizando a luta pelos direitos de igualdade e sua conquista, para analisarem a lei tipificadora e/ou qualificadora do feminicídio.

Yasmin Dolores de Parijos Galende em “Controle patriarcal sobre as sexualidades e a reprodução desse dispositivo de poder nas instituições de ensino”, busca identificar nos projetos institucionais a docilização dos corpos que são padronizados para se adequarem silenciosamente a heteronormatividade.

Em “Democracia e movimentos sociais digitais: uma análise a partir do movimento feminista em redes”, Jessica Cristianetti e Amanda Netto Brum trabalham sob a perspectiva que os movimentos sociais evoluíram nos últimos anos e, como as comunicações em redes, através da internet, ganharam proporção global e viral, questionando sobre a influência destes sobre a Democracia.

Grazielly Alessandra Baggenstoss apresenta no artigo “Direitos fundamentais das mulheres: o mínimo existencial diferenciado pelo gênero”, o questionamento sobre qual a configuração normativo-jurídica para a garantia da dignidade das mulheres e os respectivos parâmetros de mínimo existencial a partir da perspectiva do reconhecimento internacional dos direitos humanos e no âmbito constitucional brasileiro.

O artigo “A autoafirmação afetivo-sexual da pessoa com deficiência: em defesa do livre exercício da sexualidade na diversidade funcional”, Carolina Valença Ferraz e Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto analisam a postura da sociedade sobre a invisibilização dos componentes desse grupo social, o que acaba acarretando, diversas vezes, em uma supressão da autonomia desses indivíduos juntamente com a negação de suas liberdades sexuais.

Gabriela de Moraes Kyrillos e Sheila Stolz em “Sexismo na academia brasileira: estudo de casos desde o sul do Brasil”, fazem uma análise crítica sobre as emblemáticas denúncias de estudantes dos Cursos de Direito de duas Universidades Federais do sul do Brasil: UFSC e FURG, realizando um breve resgate histórico sobre a inclusão das mulheres no ensino formal e no fazer Ciência, para constatar que, atualmente, persistem os fenômenos conhecidos como “teto de vidro” e “labirinto de cristal” – compreendidos como violência simbólica de gênero.

No artigo “Violência contra a mulher e desigualdade de gênero na estrutura da sociedade: da superação dos signos pela ótica das relações de poder”, Michelle Ângela Zanatta afirma que

a violência contra mulher repousa sobre o capitalismo e a desigualdade de gênero está no centro do desequilíbrio de poder normalizado na sociedade.

Liv Lessa Lima De Holanda em “Um estudo sobre pessoa, direitos da personalidade e a cirurgia de redesignação de estado sexual à luz da teoria geral do direito”, aborda os direitos da personalidade, direito ao corpo e à integridade física, para discutir a transexualidade.

Em “ Violência obstétrica: uma grave violação aos direitos humanos das mulheres”, Roberta Lemos Lussac critica a problemática existente em práticas obstétricas brasileiras, rotineiras e naturalizadas pela medicina, que, constituem grave violação aos direitos humanos das mulheres.

Giselle Meira Kersten em “Nana, Neném, que a cuca vem pegar, papai foi para roça, mamãe foi passear” analisa os fundamentos da discriminação da mulher no mercado de trabalho, a partir de fatores histórico-socioculturais, biológicos e/ou legais.

“Diálogo das fontes e sistema penal: um olhar à proteção dos direitos humanos das mulheres” DiMarjorie Evelyn Maranhão Silva e Valdira Barros analisam a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes ao sistema penal, no que tange à proteção dos direitos das mulheres.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães em “A judicialização do estupro contra mulheres: como o sistema criminal brasileiro aborda essa forma violência?” faz uma discussão acerca do estupro, com o intuito de investigar como esse delito é abordado no sistema criminal brasileiro.

Em “Mulheres presas em flagrante no Pará: direito e igualdade” Lizandro Rodrigues de Sousa e Celso Antônio Coelho Vaz através da análise da legislação correlata e da análise de cinco casos avaliam o procedimento atualmente adotado quando do aprisionamento de mulheres em flagrante no Estado do Pará (BR) e avaliam a adequação deste procedimento aos direitos subjetivos das mulheres encarceradas no âmbito do sistema judicial e policial.

No artigo “A questão de gênero, sexualidade e orientação sexual na atual base nacional comum curricular (bncc) e o movimento lgbttqis”, Paulo Roberto De Souza Junior enfoca a análise sobre o gênero, sexualidade e orientação sexual na BNCC – ou sua omissão - e as consequências ao movimento LGBTTTQIs,

Andréa Santana Leone De Souza e Mônica Neves Aguiar Da Silva em “A tutela da criança intersex: uma análise principiológica” discutem os princípios e regras constitucionais na perspectiva da tutela da criança intersex em uma sociedade complexa, plural e diversa.

A avaliação da evolução jurisprudencial relativa às uniões homossexuais, desde a publicação da Constituição Federal, de 1988, como efetivação de Direitos Fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana é feita por Cynthia Barcelos dos Santos e Carmen Hein De Campos em “Considerações sobre as uniões homossexuais: da evolução jurisprudencial à autodeterminação”.

Análise das regras sobre a definição do sexo de um indivíduo, em especial dos transexuais é elaborada por Clift Russo Esperandio e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti levando-se em consideração fatores que não se restringem apenas aos biológicos com o artigo “Direito e sexualidade na sociedade da informação: uma visão sob o aspecto dos direitos da personalidade”.

Iverson Sheldon Lopes Duarte em seu trabalho “Efetividade constitucional: análise das decisões sobre união igualitária ancorada em uma teoria da argumentação”. Discorre sobre o julgamento pelos Tribunais Superiores de ações relacionadas à união entre pessoas do mesmo sexo, o que ensejou debates sobre limites da atividade jurisdicional e sua legitimidade ao inovar o ordenamento jurídico.

Camila Christiane Rocha Nicolau em “O papel contramajoritário do supremo tribunal federal no reconhecimento da dignidade dos transgêneros” destaca a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal para a tutela dos direitos dos grupos minoritários através da análise da decisão proferida em na ADI 4275 que reconheceu aos transgêneros a possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo.

E por fim, o artigo “O papel do estado na inclusão de atletas transexuais no esporte à luz da teoria do reconhecimento social” de Ednilson Donisete Machado e Marco Antonio Turatti Junior traz uma discussão sobre o papel do Estado no tratamento de atletas transexuais no esporte, à luz da teoria do reconhecimento social, indicando a vulnerabilidade sofrida pelo grupo na questão de gênero e a necessidade de um diálogo interdisciplinar.

As contribuições ora apresentadas confirmam a emergência do tratamento das diversas problemáticas ora apresentadas e que convocam à transformação dos comportamentos e à aplicação do Direito de forma a promover a igualdade e o respeito à diversidade e à coexistência pacífica em uma sociedade que se propõe verdadeiramente democrática.

Maria Claudia Crespo Brauner - Universidade Federal do Rio Grande

Silvana Beline Tavares - Universidade Federal de Goiás

Loiane Prado Verbicaro - Centro Universitário do Estado do Pará

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS: DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL À AUTODETERMINAÇÃO

CONSIDERATIONS ABOUT HOMOSEXUAL UNIONS: FROM JURISPRUDENTIAL EVOLUTION TO SELF-DETERMINATION

Cynthia Barcelos dos Santos
Carmen Hein De Campos

Resumo

O presente artigo destina-se a avaliar a evolução jurisprudencial relativa às uniões homossexuais, desde a publicação da Constituição Federal, de 1988, como efetivação de Direitos Fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Serão examinados alguns dos principais marcos jurisprudenciais para o reconhecimento das relações homossexuais, em especial a ADPF 132. A partir da análise da perspectiva antissubordinatória, procura-se demonstrar que o direito à autodeterminação será assegurado aos cidadãos que tiverem oportunidade de se autogovernarem na tomada de decisão, garantindo relacionamentos livres da discriminação e com a garantia da igual-liberdade entre homossexuais e heterossexuais.

Palavras-chave: Direitos sexuais, Igual-liberdade, Perspectiva antissubordinatória, Auto-governo, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to demonstrate the evolution of the jurisprudence regarding to homosexual unions, since the Federal Constitution, of 1988, as the realization of fundamental rights, such as freedom, equality and dignity of the human person. Some of the main jurisprudential frameworks for the recognition of homosexual relationships, especially the ADPF 132, will be examined. From the analysis of the anti-subversion perspective, it is sought to demonstrate that the right to self-determination will be guaranteed to citizens who have the opportunity to self-government in decision, guaranteeing relationships free of discrimination and with the guarantee of equal-freedom between homosexuals and heterosexuals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sexual rights, Equal-freedom, Antissubordinatory perspective, Self-government, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

No período colonial brasileiro, a prática do sexo homossexual era proibida pelo direito eclesiástico e pela legislação vigente, que continha previsão de pena de morte pela prática de atos sodomitas. Com a declaração da independência do Brasil, a sodomia foi retirada dos textos legais, mas a repressão moral da homossexualidade reforçava perseguição daqueles que não se enquadravam no padrão heteronormativo. Com a restauração da democracia e a promulgação da Constituição cidadã, passou-se a admitir a ideia que homossexuais e heterossexuais mereceriam tratamento equânime.

O presente artigo se destina a avaliar a evolução jurisprudencial relativa às uniões homossexuais, a partir da publicação da Constituição Federal, de 1988, como efetivação de Direitos Fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, que deveriam servir como molas propulsoras para a inclusão do tema na pauta legislativa. Todavia, em se tratando de assunto afeito a minorias estigmatizadas, bem como estarmos diante de Poder Legislativo conservador, com robustas bancadas religiosas¹, em que pese vivamos em um Estado laico, a questão segue presa nos armários do Congresso Nacional. O reconhecimento legislativo das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem percorrido longo caminho². Afinal, a sociedade excludente depositou na legislação aquilo que parecia ser a sua própria identidade (FACHIN, p. 59). Mas, dentre as funções constitucionais do STF está a proteção dos direitos das minorias e, porque retirar o caráter familiar das relações homossexuais representa violência simbólica lastreada no preconceito (Sarmiento 2007, p 34), ele veio pela via judicial³.

1 A bancada evangélica, por exemplo, compõe a bancada religiosa e é formada por um grupo – suprapartidário – de congressistas ligados pelas diferentes igrejas evangélicas, tanto do ramo histórico ou de missão (pentecostal e neopentecostal), que atuam em conjunto para legislar de acordo com o interesse religioso. Ela surgiu com a eleição da Assembleia Constituinte, em 1986, cuja principal característica é o ativismo conservador e moralista (Pierucci, 1996a, pp. 165-166).

2 Esclareça-se que o PLS 612/2011, de autoria do Deputado Roberto Requião (MDB-PR) e substitutivo ao projeto de Lei nº 1.151, de 1995, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, que visa regular a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”, somente em maio de 2017, vinte e dois anos depois de sua proposta original, foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, sem previsão de inclusão em pauta. Nesse passo, o Projeto de Lei nº 5.120/2013, de autoria do deputado Jean Wyllys e Apensado ao PL 580/2007, de Clodovil Hernandes, aguarda encaminhamento às comissões legislativas, sem perspectiva de trâmite.

3 ADPF 132 e ADI 4.277

A fim de aferir marcos para o reconhecimento das relações homossexuais como relações juridicamente possíveis e familiares, o presente artigo visitará jurisprudência gaúcha (Justiça Estadual e Federal, da 4ª região), do STJ e do STF, sem a pretensão, todavia, de esgotar o tema. Como resultado, será verificado o efeito prático do reconhecimento das uniões homossexuais, tais como a adoção por famílias homossexuais.

Haverá breve estudo sobre a exigência de que homossexuais preencham os mesmos requisitos que os heterossexuais para obterem o reconhecimento jurídico das uniões estáveis. O art. 1.723, do Código Civil, que exige para o reconhecimento da união estável como entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo que a relação esteja *configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Será objeto de exploração a neutralidade no exame de relações homossexuais e heterossexuais, como se verá a seguir, pode constituir fundamento discriminatório, na medida em que pretende transformar relações heterossexuais diversas em famílias modelares para as homossexuais. Nesse passo, haverá sucinta classificação das famílias homossexuais: assimilacionista, inferior e igualitária.

Serão sinteticamente averiguados os preceitos fundamentais de dignidade, igualdade e liberdade como fundamentos legais para o reconhecimento das relações homossexuais, bem como a vedação da discriminação baseada na orientação homossexual. A partir das considerações relacionadas com as perspectivas anticlassificatória e antissubordinatória, será proposta interpretação ao direito da liberdade e ao direito da igual proteção, que devem ser aplicados para capturar a essência do direito de uma forma mais abrangente, com atuação positiva das instituições estatais para eliminar as disparidades entre os diversos grupos sociais.

BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS

De início, as ações que visavam o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo esbarravam na possibilidade jurídica do pedido. A falta de proibição do

casamento entre pessoas do mesmo sexo nunca foi entendida pela doutrina como motivação para o seu reconhecimento jurídico. Ao contrário, era tão óbvia a necessidade de diversidade de sexo como pressuposto para o matrimônio que sequer era exigida menção expressa legislativa (SARMENTO, 2007, p 31/32). Em todas as searas e instâncias era negado o acesso à Justiça sob fundamento de ser impossível reconhecer como família a união entre pessoas do mesmo sexo. A lacuna na legislação quanto aos direitos e obrigações decorrentes de uniões entre pessoas do mesmo sexo ensejou a aplicação da analogia com as uniões estáveis heterossexuais⁴, bem como com as parcerias comerciais, tramitando em varas comuns e não varas especializadas do Direito de Família.

As relações homossexuais passaram a ser admitidas quando se reconheceu justa a luta pelo acesso a direitos patrimoniais. Só mais tarde ela se expandiu para outras categorias de direitos e status. Em verdade, a longa e complexa jurisprudência brasileira sobre as uniões concubinárias heterossexuais foi decisiva na surpreendentemente rápida e positiva resposta dos tribunais brasileiros ao pedido de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como sociedades de fato. Embora, em princípio, a ampliação do conceito de família não tenha alcançado aos homossexuais, como o reconhecimento da existência de uma sociedade de fato dependia prioritariamente da demonstração da contribuição financeira para a construção do patrimônio, os tribunais brasileiros passaram a admitir e classificar as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades comerciais, nominando-as como sociedade de fato (MOREIRA, p. 79-80).

Em que pese se reconheça o avanço decorrente da possibilidade jurídica do pedido, questões importantes, tais como o direito de habitação da pessoa sobrevivente, direito a decisões médicas relacionadas à saúde de quem demandava tais cuidados, dependência em clubes e planos de saúde, entre outras situações que extrapolavam o direito societário, diuturnamente eram alijadas daqueles que mantinham relacionamento homossexual. Enquanto o debate esbarrava em entraves processuais no âmbito estadual nacional, na Justiça Federal do Rio Grande do Sul, foi determinada a inclusão do companheiro de um servidor aposentado da Caixa Econômica Federal como dependente no plano de assistência médica do banco e na Fundação dos Economiários Federais. A

4 Resp 395904RS

sentença paradigmática, do então juiz federal Roger Raupp Rios, embora não tenha reconhecido a união estável, em julho de 1996, estendeu aos autores os efeitos dela decorrente⁵.

Os ventos que sopravam da Justiça Federal acabaram refrescando as ideias da Justiça Estadual que, no final do século XX manifestou-se, em casos isolados, é verdade, afirmando a competência das varas de família para processar e julgar as ações onde eram debatidas as uniões entre pessoas do mesmo sexo. As ações tidas como marco jurisprudencial foram as seguintes:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

APELACAO CIVEL. DECLARATORIA DE SOCIEDADE DE FATO. RELACAO HOMOSSEXUAL. COMPETENCIA. PROCESSO ENVOLVENDO MATERIA DE DIREITO DE FAMILIA, RELATIVO A SUA EXISTENCIA FRENTE AO ORDENAMENTO JURIDICO. COMPETENCIA DO 4º GRUPO CIVEL, POR INTERPRETACAO DO INC. III, DO ART.11, DA RESOLUCAO Nº. 01/98. DECLINARAM DA COMPETENCIA. (Apelação Cível Nº 598362655, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 15/09/1999)

A sociedade e o Judiciário rapidamente assimilavam o novo formato familiar até que, em 2002, a redação do art. 1.723, do Código Civil, deu gás ao debate ao definir como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. A expressão “homem e mulher” abastecia aqueles que tinham dificuldades

5 Ação ordinária nº 96.0002030-2, prolatada pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios, em 9/7/1996.

em entender as relações entre pessoas do mesmo sexo como formadoras de família⁶, causando retrocesso nos reconhecimentos de tais relações como uniões estáveis e fomentando fundamentação preconceituosa⁷:

Em ambiente de insegurança jurídica, a Ação de Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental, ADPF, cadastrada sob o nº 132, foi proposta pelo então governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em fevereiro de 2008, com o escopo de adequar a interpretação que então era dada ao Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro à Constituição Federal, na medida em que implicava redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual.

Admitir o trâmite das ações nas varas especializadas, além de levar os debates do âmbito familiar ao palco adequado, atendia a um fenômeno decorrente do reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de tais uniões.

6 Tal assertiva pode ser confirmada por um dos votos vencidos dos Embargos Infringentes nº 70039338587, do Quarto Grupo Cível, do TJRS, lavrado em 12 de novembro de 2010: Não há como reconhecer a relação homoafetiva como sendo união estável, pois a Constituição Federal é clara em regram e conceituar UNIÃO ESTÁVEL, estabelecendo que se trata de união entre “homem e mulher”

7 Veja-se, por exemplo, trecho do julgamento da AC nº 70009888017, do TJRS, julgada em abril de 2005:

“[...] As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato. No caso sub judice, porém, o pedido não é de reconhecimento de sociedade de fato, mas de declaração de união estável, que é entidade familiar.

Ora, a família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada.

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse agrupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural, e econômico de cada povo.

A idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.”

[...]

Em que pese, pelo menos em princípio, o reconhecimento tivesse caráter patrimonial, houve consequências práticas que alcançaram outros tutelados, pois as parcerias poderiam estar acompanhadas de filhos. Tanto aqueles biológicos - exclusivos de um dos parceiros - quanto adotados - via de regra também por um só, porque a adoção por casais homossexuais só passou a ser admitida no Século XXI - passaram a engrossar ações na justiça. Os pedidos variavam entre alimentos, pensão por morte, regulamentação de visita, guarda... Enfim, múltiplas foram as questões devolvidas ao Judiciário desde que superada a impossibilidade jurídica do reconhecimento das relações homossexuais, até que, em 2010, o STJ sedimentou a questão⁸ em ação ajuizada pela companheira de uma mulher que já havia adotado judicialmente duas crianças e que conviviam com a autora na qualidade de filhos de fato. A sentença de procedência (confirmada pelo STJ) deferiu a adoção e determinou a inserção do sobrenome da requerente no registro de nascimento das crianças, “sem mencionar as palavras pai e mãe”, acrescentando que a relação avoenga não explicitaria a condição materna ou paterna.

No que tange ao relacionamento homossexual, em 5 de maio de 2011, o STF julgou a questão à unanimidade e em conjunto com a Adi nº 4.277 [que questionava o art. 1.723 do Código Civil], para excluir dos textos legais significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Em decorrência do julgamento do STF, o Conselho Nacional de Justiça, em 14/05/2013, aprovou Resolução Normativa nº 175, apresentada pelo ministro Joaquim Barbosa. Esta vedava aos responsáveis pelos cartórios recusa da habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois a decisão do STF não era observada por todos os órgãos públicos do país. O debate nacional sobre relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo ganhou força.

Desde 1996, Edson Fachin defendia que o art. 3º da Lei 8.971/94, que determinara a inclusão do(a) companheiro(a) que tivesse colaborado para aquisição do patrimônio na partilha dos bens deixados por ocasião da morte na condição de meeira,

⁸ Na realidade brasileira, o direito à adoção por casais homossexuais ainda não é legitimado juridicamente. Todavia, diante dos preceitos protetivos a crianças e adolescentes, da falta de proibição e do reconhecimento de tal possibilidade, a jurisprudência, há muito, chancela tais pleitos. Merece especial atenção a decisão do Resp nº 889852/RS.

guindava a pessoa a tal condição independente da qualidade da colaboração, que poderia ser moral. Portanto, às uniões estáveis se aplicava [e ainda se aplica] o regime da comunhão parcial de bens, onde o patrimônio onerosamente adquirido ao longo da relação é dividido entre os companheiros, independentemente de sua contribuição monetária. Às uniões de fato [homossexuais] só era assegurado o direito ao ressarcimento equivalente ao aporte financeiro comprovadamente realizado pelos parceiros. Portanto, o efeito jurídico imediato da decisão do Supremo foi patrimonial.

CLASSIFICAÇÃO DAS FAMÍLIAS HOMOSSEXUAL

O reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo a partir do protagonismo do Poder Judiciário é uma tendência mundial, pois o preconceito presente nas instâncias de representação popular (Sarmiento, 2007, p 39), só encontra resistência na posição contramajoritária das cortes judiciais. No Brasil, graças à decisão judicial, os homossexuais têm direito a viverem em uniões estáveis e, em face de portaria expedida pelo CNJ, podem requerer nos cartórios o casamento civil. Tal situação é compatível com uma das funções constitucionais do STF: proteção dos direitos das minorias. Outrossim, reconhecer o caráter familiar das relações homossexuais reduz a violência simbólica lastreada no preconceito (SARMENTO, 2007, p 34). Deste modo, pode-se afirmar que o julgamento da ADPF 132 foi um marco transformador dos direitos sexuais, contudo, por si não promoveu a igual dignidade entre homens e mulheres que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, como se verá a seguir.

A liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e a vida privada constituem a base jurídica para construção do direito a orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana e imprescindível para uma sociedade livre, justa e solidária. Partindo dessa premissa, o sistema jurídico pode ser de exclusão, pois é ele quem define a moldura dos titulares de direitos e deveres, dificultando por razões preconceituosas e estigmatizantes dos valores dominantes (FACHIN, p 48). Na lição de Rios (2008), não é a discriminação que é produzida pela diferença e por ela precedida; ao contrário, a discriminação é que atribui um certo significado negativo e institui a diferença:

Em uma abordagem psicológica, preconceito é o termo utilizado, de modo geral, para indicar a existência de percepções negativas por parte de indivíduos e grupos, onde estes expressam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, dado o pertencimento ou a identificação destes a uma categoria tida como inferior. As abordagens psicológicas, em síntese, buscam na dinâmica interna dos indivíduos as raízes do preconceito [...] (RIOS, 2008)

Deste modo, pode-se classificar as famílias homossexuais em dois grandes grupos, aquele que, tentando assimilá-las as coloca em lugar de inferioridade e aqueles que pregam a igualdade plena, desqualificando o casamento, como veremos a seguir.

(A) ASSIMILACIONISTA OU INFERIOR

O reconhecimento das relações homossexuais pela via judicial confere aos destinatários da jurisprudência uma relação de segunda linha ou assimilacionista. Inferior porque não é legal, porque não se trata de casamento na acepção técnica da expressão, porque decorre ativismo judicial, como referem seus críticos⁹. Assimilacionista porque parte de um gabarito heteronormativo onde são encaixadas todas as relações em modelo heterossexual, como se este fosse o único existente, embora as próprias relações familiares entre pessoas de sexo diverso estejam em momento de transformação, mostrando-se menos desigual e padronizada que aquela de outrora.

A discussão sobre a tradição do casamento e os limites da intervenção estatal não são novidade. Em famoso precedente norte-americano, o caso *Obergefell v. Hodges*¹⁰, em dezembro de 2015, a Suprema Corte norte-americana reconheceu a legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ao longo daquela decisão foram referidos princípios e tradições que justificam o casamento como fundamental para todas as pessoas tais como o direito à escolha pessoal inerente à autonomia individual de pessoas diferentes entre si se unirem, bem como o direito à proteção familiar independentemente de como essa família fosse constituída, sendo o casamento

9 Refiro Lenio Streck para ilustrar a crítica à decisão da ADPF porquanto fruto de ativismos judicial: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>

10 Ver detalhes do julgamento em https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

reconhecido como pedra angular na ordem social (YOSHINO, p 164).

Defender o casamento homossexual, importa sublinhar, não implica rebaixar o casamento heterossexual. (TRIBE, p. 1950). Ao contrário, significa reconhecer a família contemporânea como um espaço plural e igual em direitos e deveres. O direito de família contemporâneo supera a visão de subordinação da dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão, rompendo com uma fixidez deste modelo único (RIOS, 2018, p 222).

É cruel e fere os preceitos da liberdade e igualdade exigir que homossexuais preencham os mesmos requisitos que os heterossexuais para obterem o reconhecimento jurídico das uniões estáveis. Essa neutralidade no exame de relações homossexuais e heterossexuais constitui fundamento discriminatório e assimilacionista, porque pretende transformar relações diversas em famílias modelares. Desproporcional aplicar o art. 1.723, do Código Civil, que exige para o reconhecimento da união estável como entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo que a relação esteja configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Tanto porque superado o dogma da finalidade reprodutiva da família quanto pelo fato de que ambientes homofóbicos ou hostis, onde homossexuais são vitimados pela mera exposição de sua opção sexual dentro do próprio ambiente escolar ou familiar¹¹, justificando que invisibilizem tais relações. Logo, a convivência pública tem que ser relativizada e interpretada de acordo com o contexto social daquela relação, situação de grande subjetividade e geradora de insegurança, mas que não pode ser usada como desqualificadora da relação efetivamente experimentada. A liberdade pode servir para respaldada igualdade, assim como pode explicar porque duas classes indivíduos não podem ser tratadas de maneira desigual (BALL, p. 11-12).

Discutir a homossexualidade partindo da premissa de que todos são naturalmente heterossexuais significa a acumpliciar-se de um jogo de linguagem que se mostrou violento (GIORGIS, p. 9). Esse jogo de linguagem pressupõe a inferioridade de alguns grupos sociais em função da construção da heterossexualidade como uma forma

11 <http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-da-saude/estudo-mostra-violencia-e-falta-de-apoio-vivenciada-por-jovens-homossexuais/>

de identidade universal. Ademais, a Constituição Federal veda discriminação baseada na orientação sexual, o que deve ser interpretado além da igualdade formal, como justificativa da luta por condições sociais para exercício de escolhas sobre com quem se formará e se manterá relações afetivas e sexuais. A autonomia individual, sexual e respeito ao desenvolvimento da personalidade fornecem justificativa para a proteção jurídica das famílias homossexuais (RIOS, 2018, p. 226).

(B) O CASAMENTO IGUALITÁRIO

Aplicação da igualdade aristotélica, que determina tratar desigualmente os desiguais, poderia resolver a questão, aplicado aos mesmos institutos, regras diversas para o reconhecimento de uniões homo e heterossexuais, a fim de alcançar a todos os mesmos institutos jurídicos, observando as peculiaridades de cada relação. Aqueles que defendem o casamento igualitário¹², e não só a união civil para relações homossexuais, sustentam, todavia, que o casamento deixe de ser monopólio heterossexual e, assim como não se qualifica e distingue o voto feminino do masculino, não mais se distinga o casamento hetero do homossexual. Em meio a esse debate, Roger Raupp Rios lança a questão: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? (2018, p.231).

Abdicar do universo de arranjos familiares pode levar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à assimilação. Excluir arranjos interpessoais, valorizar o patrimonialismo, a generificação das relações e moralismo hegemônico implica na repetição de esquemas, além de limitar novas alternativas e fundamentos ao conhecimento e a prática de direito de família. A concretização e reconhecimento de novas formas de relacionamento reclamam a criação de regime jurídico familiar peculiar. As famílias homossexuais são encaixadas nos modelos tradicionais heterossexuais, casamento união estável e mono parental. Não se cogita no reconhecimento de outra comunidade familiar. A superação das concepções que formaram historicamente os tradicionais modelos de casamentos, de uniões estáveis é que dará condições para o efetivo desenvolvimento do direito de família, autorizando que se alcance outras possibilidades de compartilhamento da existência humana (RIOS, 2018, p 228/234).

12 Ver exposição de motivos do PL 5120/2013, da relatoria de Jean Wyllys e Érika Kokay.

Enfim, muitas são as questões que perpassam o debate sobre a família homossexual, mas toda a discussão e estudo partem do mesmo pressuposto: a dignidade, a liberdade e a igualdade entre heterossexuais e homossexuais, alcançando, invariavelmente, o direito à autodeterminação. A proteção contra preconceitos e juízos equivocados é objeto de estudo pela mais balizada doutrina, que tem o escopo de identificar e aplicar os princípios constitucionais a tais relações.

A ANTISUBORDINATÓRIA IGUAL-LIBERDADE

A sexualidade livre e autônoma é a expressão da dignidade da pessoa humana, independente de quem seja o destinatário do afeto (RIOS, 2018 p. 224). Na lição de Daniel Sarmiento, a liberdade humana é uma possibilidade real, e não uma ilusão, conquanto esteja sujeita a diversos tipos de embaraço que não podem ser desprezados. Em alguma medida estamos condenados à liberdade (2016, p. 138), limitada, em certa medida, a direitos de terceiros. Grosso modo, todavia, os indivíduos devem poder seguir seus projetos, inclinações e preferências, por mais que desafiem tradições e costumes enraizados ou desagradem as maiorias sociais. A alusão a planos de vida não deve conduzir à equivocada idealização da pessoa humana, tampouco limitar autonomia que dela possa decorrer. Livre é quem tem capacidade de escolher e agir de acordo com a sua escolha e conta com condições materiais para que as liberdades sejam reais e não só formalidades jurídicas. Deste modo, o Estado que valoriza a vida boa deveria valorizar autonomia individual, fomentar enraizamento associação de cosmovisões baseadas na liberdade e igualdade (SARMENTO, 2016, p 146-174).

A história do constitucionalismo moderno sempre esteve associada ao conceito de que todos os seres humanos devem gozar de tratamento isonômico nas diferentes esferas da vida social. Esses espaços foram sendo ampliados a partir da percepção de que a liberdade humana tem uma natureza essencialmente social. Afinal, decisões sobre aspectos fundamentais da vida pessoal dependem do acesso a uma série de arranjos sociais. Assim, a noção de individualidade no desenvolvimento da filosofia política tem sofrido transformação, criando a demanda por novas formas de proteção jurídica. Análise da correlação entre as diferentes dimensões da igualdade e as concepções predominantes de subjetividade é que nos permite compreender como a questão da diversidade humana deve ser levada em consideração no processo de interpretação do princípio da isonomia (MOREIRA p. 139).

A igualdade exige avaliação de como grupo tem sido tratado, enquanto a liberdade se concentra na interferência do governo em relação às escolhas individuais. A liberdade é que pode levar à verdadeira igualdade. Uma sociedade rica e plural aceita as diferenças e os diferentes, enriquecendo-se com uma pluralidade. Desimporta categorizar as normas como igualitárias ou não, o crucial é que a norma não discrimine. O compartilhamento de características relevantes do sujeito que seriam destinatários do encargo é a avaliação prévia relevante. Por esse viés, a sexualidade pode ser relevante. Não é relevante, todavia, as dessemelhanças entre casais homo e heterossexuais que justifique tratamento diferente. Desta feita, a dependência da igualdade desmente a noção de que igualdade seria um padrão constitucional autônomo, porquanto ela impõe ao juízo a avaliação da situação ou contexto político disputado, restringindo a discricionariedade dos julgadores (BALL, ps. 15, 26/28).

A classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais contribuiu para solidificar o entendimento de que a exclusão dos casais homossexuais a uniões estáveis violaria o princípio da igualdade material. Lembremos que o princípio da igualdade material e a noção dos direitos sociais como direitos fundamentais reconheceram direitos previdenciários aos casais homossexuais, por exemplo. Mas, existem duas formas de interpretação do princípio da igualdade: uma perspectiva anticlassificatória, de caráter formalista, e uma perspectiva antissubordinatória, de caráter progressista. (MOREIRA, p. 90-91)

A perspectiva anticlassificatória decorre de uma concepção procedimental de justiça, enquanto a antissubordinatória está voltada para uma concepção substantiva de justiça. Se a igualdade jurídica na primeira perspectiva é vista como um princípio regulador do poder estatal de classificar indivíduos, a segunda é vista como um preceito que estabelece o dever estatal de eliminar disparidades sociais entre grupos humanos. A primeira restringe a análise do problema posto pelo reconhecimento das uniões homossexuais ao exame da legitimidade da utilização da homossexualidade enquanto fator de tratamento diferenciado. Na segunda, a concepção substantiva de justiça presente no texto constitucional tem a perspectiva antissubordinatória, por sua vez, mais coerente com os seus pressupostos, dando ênfase ao caráter transformador do princípio da igualdade, observando o papel deste princípio no processo de construção de uma sociedade justa. Afinal, uma perspectiva meramente anticlassificatória não se adequa ao

aos princípios que estruturam a constituição cidadã. A interpretação da igualdade baseada nos pressupostos do liberalismo individual é incompatível com o paradigma do estado democrático de direito. A Constituição Federal brasileira contém um projeto de transformação social, o que torna necessária a consideração do problema da diversidade no processo de interpretação constitucional, uma vez que o reconhecimento do pluralismo, incluindo homo e heterossexuais, tem especial relevância nessa ordem (MOREIRA, p. 137-138).

Kenji Yoshino, ao descrever passagem do voto do Justice Kennedy, no caso Obergefell, aduz que o direito da liberdade e o direito da igual proteção devem ser aplicados para capturar a essência do direito de uma forma mais abrangente. A interação dos dois princípios, defende o juiz, favoreceria nossa compreensão sobre o que é verdade e o que a verdade deve se tornar (p. 172). Afinal, quando o sujeito é guindado ao primeiro plano, empoderado de igual dignidade, independente da sua opção sexual, todo o processo, tanto o social quanto o judicial, converge para a proteção de sua liberdade. Nessa conjuntura, encontraríamos o casamento com características de direito positivo e negativo. Positivo na medida em que exige que o estado conceda seu reconhecimento e os benefícios dele decorrente e negativo porque cria uma zona de privacidade em que o estado só pode interferir quando for para promover a antissubordinação (TRIBE, p. 1955 e YOSHINO, p. 168).

O constitucionalismo social abandonou a noção de justiça simétrica, porquanto não se alcança justiça social com o tratamento idêntico entre indivíduos, desconsiderando as condições sociais nas quais eles se encontram. Isso significa que o princípio da igualdade não serve apenas como parâmetro para o limite da atuação das instituições estatais; esse preceito constitucional, tendo em vista a sua dimensão material, também exige atuação positiva das instituições estatais para eliminar as disparidades entre os diversos grupos sociais. É a partir da compreensão dos direitos fundamentais como garantias constitucionais, perspectiva segundo a qual a atuação das instituições estatais deve estar voltada para a garantia de condições mínimas de existência dos individuais, que o princípio da igualdade material surge como um novo parâmetro para avaliação da constitucionalidade dos atos governamentais. Isso significa que a razoabilidade deve aferir se os atos estatais aplicaram meios suficientes para alcançar igualdade proporcional entre indivíduos e romper com processos de exclusão

social (MOREIRA, p 175-176).

Há mais de 30 anos Lawrence Tribe, consolidado e importante constitucionalista dos Estados Unidos da América, escreveu sobre as relações humanas além do puramente instrumental, a partir da evolução da empatia, da inclusão, do respeito, com proteção contra tirania e opressão. Segundo ele, a essência da liberdade na declaração de direitos não é ausência de obrigação de direitos, mas a possibilidade de ser experienciado o autogoverno na tomada de decisão. O caminho, a partir da dinâmica de um ser político, incluiria a escolha de suas relações íntimas, o direito de entrar em todos os tipos inimagináveis de relacionamento, desde que consentidos por quem tenha capacidade para tanto. Em que pese a amplitude de possibilidades possa parecer ameaçadora, o constitucionalista defende que é a partir da garantia de relacionamentos livres da chancela estatal que poderemos definir o limite da liberdade. Isso se tal limite for efetivamente necessário (p. 1940/1943).

Enfim, é a partir da perspectiva antissubordinatória que o direito à autodeterminação será assegurado aos cidadãos, garantindo relacionamentos livres de discriminação e com a chancela estatal, com a garantia da igual-liberdade entre homo e heterossexuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo analisou brevemente o histórico jurisprudencial do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo que, inicialmente, esbarrava na possibilidade jurídica do pedido, pois no silêncio da lei, a jurisprudência entendia imprescindível a diversidade de sexo como pressuposto para o matrimônio. A partir da aplicação da analogia com as uniões estáveis heterossexuais e com as parcerias comerciais, foram admitidas as uniões homossexuais com a finalidade patrimonial, exclusivamente.

O marco jurisprudencial de inclusão do companheiro de um servidor aposentado como dependente no plano de assistência médica, sentença paradigmática lavrada pelo juiz federal gaúcho Roger Raupp Rios, em 1996. Este julgamento é tido como início de mudança na jurisprudência, pois em seguida, foi fixada a competência das varas de família para processar e julgar as ações onde eram debatidas as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Os efeitos da redação do art. 1.723, do Código Civil, que definia como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na *convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família* foram objeto de análise, alcançando-se a ADPF nº 132. Em julgamento de dita ação, em 5 de maio de 2011, em conjunto com a Adi nº 4.277, o STF julgou a questão para excluir dos textos legais significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A seguir, o Conselho Nacional de Justiça aprovou Resolução Normativa nº 175 vedando recusa da habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo aos responsáveis pelos cartórios.

A partir da neutralidade estatal quando do exame dos requisitos configuradores de relações homossexuais e heterossexuais, examinamos possíveis discriminações, porquanto, na prática, averiguou-se a pretensão de transformar relações heterossexuais em modelos para as homossexuais, acarretando classificação das famílias homossexuais como assimiladas, inferiores e igualitárias.

Averiguamos os preceitos fundamentais da liberdade, igualdade, dignidade, não discriminação, inviolabilidade da intimidade e da vida privada para alcançarmos entendimento que o casamento homossexual não implica rebaixamento do casamento heterossexual, mas sim reconhecimento da família contemporânea como um espaço plural e igual em direitos e deveres, além de valorizar e reconhecer a igual-liberdade à autodeterminação entre homo e heterossexuais.

A partir do exame do projeto de transformação social da Constituição cidadã, trabalhamos o reconhecimento do pluralismo para guindar o sujeito ao primeiro plano, emponderando de igual dignidade, todo o processo social quanto no judicial, defendendo o casamento com características de direito positivo e negativo. Positivo porque cumpre ao Estado conceder seu reconhecimento e os benefícios dele decorrente; negativo porque cria uma zona de privacidade em que o estado só pode interferir quando for para promover a antissubordinação

Por fim, a partir da perspectiva antissubordinatória, consideramos que o direito à autodeterminação será assegurado aos cidadãos que tiverem oportunidade de se

autogovernarem na tomada de decisão, garantindo relacionamentos livres da discriminação e com a garantia da igual-liberdade entre homossexuais e heterossexuais.

REFERÊNCIAS

BALL, C. A. *Why liberty judicial review is as legitimate as equality review: the case of gay rights jurisprudence*. Journal of Constitutional Law, v. 14, n., out. 2011.

BRASIL. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf>. Acesso em: 01.abr.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e outros. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 01.abr.2018

_____. Tribunal de Justiça do RS. Conflito de Competência nº 598362655. J.G.R.D.. L.C.M.. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini. Porto Alegre, RS, 15 de setembro de 1998. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A598362655&as_q=+](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A598362655&as_q=) Acesso em: 01.abr.2018.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 599075496. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. Porto Alegre, RS, 17 de junho de 1999. Disp em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A599075496&as_q=+](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A599075496&as_q=) Acesso em: 01.abr.2018.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70009888017. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, RS, 27 de abril de 2005. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70009888017&as_q=+](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70009888017&as_q=) Acesso em: 01.abr.2018.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70039338587 Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 12 de novembro de 2010. Disp em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=* &oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70039338587&as_q=+](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?q=&site=ementario&client=wp_index&proxystylesheet=wp_index&filter=0&getfields=* &oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70039338587&as_q=) Acesso em: 01.abr.2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 96.0002030-2 Relator: Juiz Federal Roger Raupp Rios. Porto Alegre, RS, Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/?consulta-processual=1&selForma=NU&txtValor=96.0002030-2&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=S> Acesso em: 01.abr.2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 732, p. 47-54, out. 1996.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 64-86.

MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.

Pierucci, Antônio Flávio. (1996), Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na Constituinte. In: Pierucci, Antônio Flávio & Prandi, Reginaldo (orgs.). *A realidade social das religiões no Brasil: religião, sociedade e política*. São Paulo, Hucitec, pp. 163–191.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13-38.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e de conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. In: BORRILLO, Daniel. SEFFER, Fernando (org). RIOS, Roger Raupp (org). *Direitos sexuais e direitos de família em perspectiva queer*. Editora da UFCSPA, 287 p. 2018. No prelo. p. 216-236.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v.8,n.32, p. 29-72, out. 2007.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Forum, 2016, 376 p.

TRIBE, Laurence H. *Lawrence V. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*. Harvard Law Review, Vol. 117, No. 6, apr., 2004.

YOSHINO, Kenji. *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges* Published by: The Harvard Law Review Association, Vol. 147, p 148/179