

**PROCESSUS FACULDADE DE DIREITO
LEANDRO FERREIRA RAMOS**

**O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA**

BRASÍLIA

2012

LEANDRO FERREIRA RAMOS

**O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Processus Faculdade de Direito.

Orientador: Prof. MSc. Bruno Augusto Prenholato

BRASÍLIA

2012

Aos homossexuais e a toda a população LGBT, que tanto sofrem pelo preconceito, discriminação e violência praticados pelo Estado e por nós;

Aos estudantes e estudiosos do Direito, para que não se calem diante da injustiça;

A todos os homens, para que respeitem e tolerem as diferenças, inerentes ao ser humano;

A todos vocês dedico esta monografia.

Agradeço primeiramente a Deus, pela vida e pela inteligência;

Aos meus queridos pais, Delza e Astrogildo, pela educação cristã e pela dedicação na formação do meu caráter, por me tornar homem;

À Marília, minha esposa amada, pelo amor, carinho, paciência, presença e incentivo em todas as horas, boas e difíceis, por me tornar um homem completo;

Ao Marcelo, meu filho, o maior tesouro da minha vida, que nasceu durante a elaboração deste texto, por me tornar pai;

Ao Bruno, meu irmão do peito, pela amizade e amor fraternal;

A toda a minha família, por tudo que representa em minha vida;

Ao professor Jaci Fernandes de Araújo, pelos insistentes convites para cursar Direito na Faculdade Processus, até que aceitei;

Ao professor Bruno Augusto Prenholato, por aceitar orientar a elaboração desta monografia;

A todos os meus nobres professores, que durante toda a minha vida acadêmica, ensinaram-me o prazer de aprender e de estudar;

A todos vocês, meu muito obrigado!

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.”

(Eduardo Juan Couture)¹

¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Os Dez Mandamentos Do Advogado*. Acesso em: 16 ago. 2012. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/833131>>

RESUMO

Esta monografia faz uma análise jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável heteroafetiva. O objetivo principal é verificar se os homossexuais possuem direito ao reconhecimento da união homoafetiva e se o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente e legítimo para ampliar o conceito de família para incluir a união homoafetiva. Examina a evolução do conceito de família. Estuda a homossexualidade, seu conceito e suas causas e a situação dos homossexuais no Brasil e no mundo. Pesquisa a homofobia no Brasil, bem como as soluções apresentadas pelo Estado brasileiro. Por fim, faz um estudo dos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro e do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em tempos de evolução do Direito Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Família, União Homoafetiva, Supremo Tribunal Federal, Ativismo Judicial, Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This monograph is a legal analysis of the decision of the Supreme Federal Court that recognized the homoffective union as a family equated with heteroffective union. The main objective is to verify if homosexuals have the right to homoffective union recognition and if the Supreme Federal Court has authority and legitimacy to extend the concept of family to include the homoffective union. It examines the evolution of the concept of family. It studies the homosexuality, your concept and your causes and the situation of homosexuals in Brazil and in the World. It searches homophobia in Brazil, as well as the solutions presented by the State. Finally, It studies the constitutional principles of the brazilian legal system and the judicial activism of the Supreme Federal Court in an age of changing of the Constitutional Law.

KEYWORDS: Family, Homoffective Union, Supreme Federal Court, Judicial Activism, New Constitutionalism.

RESUMEN

Esta monografía es un análisis jurídico de la decisión de el Supremo Tribunal Federal dictó sentencia en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4277 y la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 132, que reconoció a la unión homoafectiva como un entidad familiar equiparada con unión estable entre hombre y mujer. El objetivo principal es verificar que los homosexuales tienen derecho al reconocimiento de la unión homoafectiva y si el Supremo Tribunal Federal es el órgano competente y legítimo para ampliar el concepto de familia para incluir la unión homoafectiva. Examina la evolución del concepto de familia. Estudia la homosexualidad, su concepto y sus causas y la situación de los homosexuales en Brasil y en todo el mundo. Busca la homofobia en Brasil, así como las soluciones presentadas por el Estado. Por último, estudia los principios constitucionales del ordenamiento jurídico brasileño y el activismo judicial de el Supremo Tribunal Federal en el tiempo de la evolución del Derecho Constitucional.

PALABRAS CLAVE: Familia, Unión Homoafectiva, Supremo Tribunal Federal, Activismo Judicial, Neoconstitucionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	3
1.1. Aspectos Históricos	3
1.2. A História Da Família No Brasil.....	5
1.3. O Conceito Atual De Família	8
2. HOMOSSEXUALIDADE E HOMOFOBIA	11
2.1. Identidade sexual	11
2.2. Homossexualidade	12
2.2.1. Conceito.....	12
2.2.2. Aspectos históricos	13
2.2.3. Causas da homossexualidade	14
2.2.4. Epistemologia	16
2.2.5. A homossexualidade no mundo.....	17
2.2.6. A homossexualidade no Brasil	19
2.3. Homofobia no Brasil.....	19
2.4. Ações do Brasil em favor dos homossexuais.....	24
2.4.1. Poder Legislativo.....	24
2.4.2. Poder Executivo.....	26
2.4.3. Poder Judiciário	28
3. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	30
3.1. A decisão do Supremo Tribunal Federal.....	30
3.2. Análise jurídica	31
3.2.1. O ordenamento jurídico brasileiro.....	31
3.2.2. Estado Democrático de Direito	32
3.2.3. Dignidade da Pessoa Humana	33

3.2.4.	Pluralismo.....	35
3.2.5.	Igualdade	36
3.2.6.	Legalidade e liberdade.....	37
3.2.7.	Intimidade e vida privada	38
3.2.8.	O direito de constituir família.....	40
3.2.9.	Direitos Fundamentais	41
3.2.10.	Separação de poderes.....	43
3.2.11.	Poder Judiciário	44
3.3.	O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial	45
3.3.1.	Supremacia da Constituição	45
3.3.2.	Rigidez constitucional	45
3.3.3.	Jurisdição constitucional	46
3.3.4.	Controle de Constitucionalidade	46
3.3.5.	Judicialização	48
3.3.6.	Neoconstitucionalismo	49
3.3.7.	Ativismo judicial	51
3.3.8.	O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal	54
3.3.9.	Legitimidade da jurisdição constitucional.....	55
3.3.10.	O poder da última palavra.....	57
3.3.11.	Direitos das minorias	58
3.4.	Considerações Finais	59
CONCLUSÃO.....		61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		64

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 previu expressamente três espécies de entidades familiares, a saber: o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental, formada por quaisquer dos pais e seus descendentes. A união afetiva entre pessoas do mesmo sexo não foi incluída no rol constitucional. Discriminados socialmente, os homossexuais são tratados juridicamente à margem da lei, sem proteção de seus direitos civis mais fundamentais.

Se, de um lado, a Constituição garante a todos os seres humanos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, de outro, a vontade da maioria do povo brasileiro, a julgar pela manifestação, ativa ou passiva, de seus representantes escolhidos, não é favorável à existência de uma família formada por casais de mesmo sexo.

Se o Poder Legislativo, a quem compete fazer as leis, não enfrentou o tema, o Poder Judiciário, pelo seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal (STF) o fez. Ao realizar o controle de constitucionalidade, o STF interpretou a Constituição para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Para solucionar essa questão é necessária a análise da origem e evolução da família e das entidades familiares, e o estudo dos conceitos de sexualidade, homossexualidade, homoafetividade, orientação sexual, identidade de gênero, heteronormatividade e homofobia. Faz-se mister o estudo de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o pluralismo, a igualdade, a liberdade, a rigidez e supremacia constitucional e dos demais princípios e valores constitucionais. Também é imprescindível o estudo de institutos jurídicos mais recentes na história do Direito Constitucional, como o ativismo judicial, a judicialização, a constitucionalização do direito e o neoconstitucionalismo.

A análise desses diversos institutos engloba aspectos da Sociologia, Ciência Política, do Direito Civil e, principalmente, do Direito Constitucional. Daí a importância do tema, que merece a dedicação e o trabalho necessários à elaboração de uma monografia para conclusão do curso de bacharelado em Direito.

Os dois problemas que motivam a elaboração desta monografia são se teriam os homossexuais direito ao reconhecimento de suas uniões afetivas e se o Supremo Tribunal Federal seria competente e legítimo para ampliar as espécies de família previstas na

Constituição para incluir a união homoafetiva. O objetivo maior deste texto é desenvolver soluções para esses dois problemas.

A monografia será distribuída em três capítulos. O primeiro capítulo fará um estudo da evolução do conceito de família.

O segundo capítulo disporá sobre a evolução do conceito de homossexualismo e homossexualidade a partir de suas perspectivas da medicina, da psicologia, da psicanálise, da religião e da opinião pública, bem como a situação social e jurídica dos homossexuais no Brasil e no mundo. Em seguida tratará da homofobia no Brasil e as soluções apresentadas pelos órgãos públicos brasileiros.

O terceiro e último capítulo fará uma análise jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva sob o enfoque dos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro e do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em tempos de evolução do Direito Constitucional.

A elaboração desta monografia, com o intuito de resolver os problemas propostos e concluir os objetivos sugeridos, utilizará a metodologia de pesquisa bibliográfica, com a análise da literatura já publicada, a partir de livros, periódicos, publicações avulsas, impressas ou eletrônicas, e pesquisas de campo publicadas.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

1.1. Aspectos Históricos

A família é um dos institutos mais antigos da humanidade². O homem pratica o acasalamento, desde o início de sua existência, seja com a finalidade de procriação, decorrente do instinto de perpetuação da espécie, seja pela necessidade afetiva, inerente ao ser humano. Portanto, a família, como agrupamento espontâneo e informal, surgiu no mesmo tempo da humanidade, antes mesmo de nascer o Estado.

A família sofreu muitas mudanças, desde o seu surgimento até os dias atuais. Não há um conceito único ou estático de família. Dependendo do país, da região, da cultura e da época, a família pode ser considerada de formas muito diferentes. Nas palavras de Venosa, “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos”³.

Segundo Maria Berenice, “a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento”⁴. Logo, se a cultura é diferente, as regras e o comportamento da família serão diferentes.

Desde as primeiras civilizações, o conceito de família partiu de uma entidade ampla e hierarquizada para um agrupamento restrito quase que exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar. É exatamente o que descreve Engels:

No estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). [...] Posteriormente, na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez a inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos. [...] (exogamia). Nesse diapasão, no curso da história, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem concomitantemente situações de poligamia como ocorre até o presente. Desse modo, atinge-se a organização atual de inspiração monogâmica⁵.

Percebe-se que, na família primitiva, havia uma identidade entre a família e a comunidade, isto é, eram institutos equivalentes. Provavelmente, o cruzamento de famílias entre comunidades diferentes, retirou aquela identidade, o que influenciou a uma perda de abrangência da família, e abriu espaço para a existência de comunidades com várias famílias.

² FERREIRA, Fábio Alves. *O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 3.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção direito civil; v. 6), p.3.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁵ ENGELS, Friedrich *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção direito civil; v. 6), p. 3.

A família se tornou grupos cada vez menores, a caminho das relações individuais, hoje representadas pela monogamia, apesar da existência atual da poligamia em algumas civilizações.

A família, com as regras e comportamentos de cada cultura, acontecia naturalmente, espontaneamente, sem a necessidade de uma formalização. Conquanto nas relações monogâmicas, a família era informal. Essa família informal era chamada concubinato⁶. Com o surgimento do Estado, o Direito começou a estruturar a família, suas regras e comportamentos. Entretanto, conforme Maria Berenice, “a lei corresponde sempre ao congelamento de uma realidade dada, de modo que a família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural”⁷. Isso significa que sempre sobram às margens da lei **famílias** fora dos modelos juridicamente convencionados como família.

Com a mudança dos costumes, sociais ou religiosos, ditaram-se regras mais rígidas para o estabelecimento da família e o casamento surgiu para conceituar a união entre homens e mulheres, com a finalidade de procriação e consequente perpetuação da espécie. Posteriormente, com a regulamentação jurídica da família, a definição de concubinato tornou-se residual, para designar as relações afetivas desconformes com as regras.

Entretanto, o casamento não existia ainda como uma cerimônia formal, não havia registros ou controle pela Igreja ou pelo Estado. O casamento acontecia simplesmente com o consenso, talvez não dos noivos, mas de suas famílias. Mesmo assim, na cultura cristã, o concubinato sempre foi visto como uma prática imoral⁸. Conforme Ferreira,

Porém, o casamento nesta época ainda não era institucionalizado e várias eram as formas pelas quais se realizava, prevalecendo ainda a ideia de que o consenso faz núpcias, o que acabava, muitas vezes, dificultando a verificação de quando uma união era matrimonial ou concubinária⁹.

O casamento ou matrimônio como ato formal, litúrgico, somente surgiu, no século XVI, no Concílio de Trento, com a Contrarreforma da Igreja Católica¹⁰. A partir de então, o casamento começou a ser registrado e controlado pela Igreja, e o concubinato, mais facilmente identificado.

⁶ CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77-78.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁸ FERREIRA, Fábio Alves. *O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 7.

⁹ *Ibidem*, p. 7.

¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

1.2. A História Da Família No Brasil

O Brasil foi colônia de Portugal desde o descobrimento, em 1500, até a independência, em 1822. Em todo esse período, a Igreja Católica era a religião oficial de Portugal¹¹ e, conseqüentemente, também do Brasil. A população brasileira ficou por mais de trezentos anos sujeitos às regras de Portugal, não somente no âmbito jurídico, mas também atinentes ao âmbito religioso e social. As tradições e os costumes portugueses tornaram-se parte do cotidiano brasileiro, inclusive as leis e imposições sacras daquele Estado eclesiástico.

No Brasil, o conceito de família passou por muitas mudanças, desde o surgimento do Estado brasileiro até os dias atuais. Inicialmente, no Brasil Colônia, vigeu a família patriarcal. O patriarcalismo foi trazido ao Brasil por meio do Direito português e os maiores exemplos são os senhores de engenho e os barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história¹². A família patriarcal resistiu até o século XX, e perdeu sua força principalmente após a Constituição Democrática de 1988.

A família patriarcal tinha um padrão nuclear e conservador. O núcleo da família é representado pela figura do homem chefe de família, titular de todo o poder e patrimônio familiar. O conservadorismo é caracterizado pelo casamento monogâmico heterossexual, com a desconsideração de qualquer forma de relação afetiva fora do casamento, seja extraconjugal ou homossexual. Sobre a família patriarcal, já no século XIX, fala a historiadora francesa Michelle Perrot:

Nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, a família que herdamos do século XIX [...] deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos 'interesses particulares', cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade. [...] Essa família celebrada, santificada, fortalecida era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhe seu nome, o chefe e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa estava destinada ao lar, aos muros de sua casa, à fidelidade absoluta. Os filhos deviam submeter suas escolhas, profissionais e amorosas, às necessidades familiares. As uniões privilegiavam a aliança em vez do amor, a paixão sendo considerada fugaz e destruidora. [...] Família ambígua, essa do século XIX! Ninho e nó, refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra a agressão exterior, enrustida em seu território, a casa, protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia

¹¹ TORRES, Joana Bento. *Igreja e Primeira República: A implementação do registro civil obrigatório*. Lisboa, Universidade Técnica de Lisboa. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/aphes30/docs/progdocs/JOANA%20TORRES.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2012, p. 6.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção direito civil; v. 6), p. 301.

violiar - mas também secreta, fechada, exclusiva, normativa, palco de incessantes conflitos¹³.

Desde o Brasil Colônia e o Brasil Império até o advento da República, em 1889, a única forma de casamento era o religioso, tanto para os católicos quanto para os não católicos¹⁴. O casamento civil só surgiu com a Constituição de 1891¹⁵.

Em todas as constituições posteriores, o tema família foi abordado. Até 1988, manteve-se a identidade entre casamento e família. As Constituições de 1934¹⁶, 1937¹⁷, 1946¹⁸, 1967¹⁹ e 1969²⁰, bem como o Código Civil de 1916²¹, definiram a família como o casamento. Isso significa que, até o ano de 1988, o casamento era a única forma de entidade familiar reconhecida pelo Direito. Durante esse período, qualquer união afetiva, fora do casamento não era reconhecida como família. Somente a Constituição de 1988 reconheceu como família entidades familiares alheias ao casamento, a saber: a união estável e a família monoparental.

Desde a Constituição de 1891, o casamento era indissolúvel²², isto é, somente a morte de um dos cônjuges poderia dissolver o casamento. O Código Civil de 1916 previu o desquite²³, que possibilitava o encerramento da comunhão do casal e dos deveres do

¹³ PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Tradução: Paulo Neves. In: *Veja 25 anos: Reflexões para o futuro*. Editora Abril, 1993. p. 76-78.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 139.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. D.O.U., 24 fev. 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 72 §4º.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 144.

¹⁷ *Idem*. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. D.O.U., 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 124.

¹⁸ *Idem*. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. D.O.U., 25 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 163.

¹⁹ *Idem*. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, 24 jan. 1967. D.O.U., 20 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 167.

²⁰ *Idem*. *Emenda Constitucional nº I, de 17 out. 1969*. D.O.U. 30 out. 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antec1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 175.

²¹ *Idem*. *Lei nº 3.071, de 01 jan. 1916*. D.O.U. 05 jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 set. 2012. Art. 229.

²² *Idem*. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. D.O.U., 24 fev. 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 72 §4º

²³ *Idem*. *Lei nº 3.071, de 01 jan. 1916*. D.O.U. 05 jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 set. 2012. Art. 267, III.

casamento. Entretanto, o desquite não dissolvia o vínculo matrimonial, o que impedia novo casamento.

Em 1977, a Emenda Constitucional nº 9 extinguiu a indissolubilidade do casamento²⁴. Com a Lei do Divórcio, a Lei 6.515/77, o divórcio poderia ser pedido após três anos da separação judicial²⁵, e esta, após cinco anos consecutivos da separação de fato²⁶. Portanto, o casamento só poderia ser dissolvido, no mínimo, após oito anos do término da vida em comum do casal, quando então poderia cada cônjuge casar novamente. A Constituição de 1988 diminuiu o prazo para a separação judicial para um ano e permitiu o divórcio após dois anos da separação de fato, ou um ano da separação judicial. Por fim, em 2010, a EC nº 66, retirou o prazo para o divórcio. Portanto, o casamento pode se dissolver pela simples vontade de um dos cônjuges.

Uma das grandes mudanças trazidas na nova Constituição foi a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil. Mas outros importantes princípios garantidos de forma expressa na Constituição influenciaram as mudanças nas relações jurídico-familiares, como exemplos: a igualdade e a liberdade. A família não perdeu sua proteção, mas não poderá mais sobrepor à proteção garantida aos indivíduos que a compõem.

A trajetória do casamento, desde a família patriarcal até à Constituição Democrática de 1988, mostra que o afeto surgiu como uma das principais bases da família. Maria Berenice destaca que “pensar em família ainda traz a mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos. Mas essa realidade mudou”²⁷. A hierarquia patriarcal e a indissolubilidade não davam lugar à afetividade entre os membros da família. Por mais que o afeto existisse, estava em segundo plano. Ainda que não existisse, a **família** era constituída, e de forma definitiva. Michelle Perrot fala sobre a família de nossos contemporâneos:

O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. [...] esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas

²⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 out. 1969*. D.O.U. 30 out. 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012. Art. 175 §1º.

²⁵ *Idem*. *Lei nº 6.515, de 16 dez. 1977*. D.O.U. 27 dez. 1977 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 17 set. 2012. Art 25.

²⁶ *Ibidem*, art. 40.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo²⁸.

A principal mudança direta no Direito de Família foi o alargamento conceitual da família. A Constituição rompeu a identidade que havia entre família e casamento, ao reconhecer como entidade familiar a união estável e a família monoparental. Maria Berenice explica:

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento²⁹.

Após a redemocratização, a dominação patriarcal foi substituída pelo princípio da igualdade, e o homem e a mulher tornaram-se igualmente chefes da família, com direitos e deveres iguais, sem hierarquia. A proteção dada à família como instituição, não acabou, mas não pode se sobrepor à proteção individual que merecem os membros da família, decorrentes do princípio supremo da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de dissolução do casamento deu ao afeto uma grande importância, pelo menos em relação à desconstituição da família e à constituição de uma nova. Outro ato constitucional que ajudou a elevar o afeto ao primeiro plano da família foi o reconhecimento da união estável como entidade familiar. A união estável, que sempre teve o afeto como sua principal base, não era considerada família, mas apenas concubinato, e também não era protegida pelo Estado. Portanto, não é exagero dizer que a promoção do afeto como base importante da família foi uma das maiores mudanças no instituto da família no Brasil.

1.3. O Conceito Atual De Família

A família atual é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, junto com a igualdade e a liberdade, na elaboração da Constituição de 1988, trouxe para o âmbito do Direito de família uniões de pessoas que eram consideradas sociedades de fato, regidas pelo Direito obrigacional, ou relações de emprego, regidas pelo Direito do trabalho. Por conseguinte, surgiu o princípio do pluralismo das entidades familiares.

Apesar de a Constituição de 1988 aumentar a abrangência da família, acrescentando ao casamento a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, não conceituou o instituto da família. Em

²⁸ PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Tradução: Paulo Neves. In: *Veja 25 anos: Reflexões para o futuro*. Editora Abril, 1993. p. 81.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

2006, pela primeira vez, uma lei atribuiu um conceito à família. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), visando a coibir a violência familiar e doméstica contra a mulher, definiu, em seu art. 5º II, a família como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Além disso, acrescenta no parágrafo único do mesmo artigo a expressão **independem de orientação sexual** [grifo acrescido]. Este conceito engloba as três entidades familiares expressas na Constituição, com um rol exemplificativo, pois não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional³⁰.

Entretanto, quando a Constituição descreveu expressamente três entidades familiares, várias espécies de **famílias** continuaram na informalidade, sendo tratadas à margem da lei, e desconsideradas pelo Direito de Família. A união estável, pública, contínua e duradoura, com a finalidade de constituir família, foi reconhecida como entidade familiar, mas ficou restrita à heterossexual monogâmica, isto é, à união afetiva entre homem e mulher. Isso significa que a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, chamada união homoafetiva, não foi regulamentada, nem as famílias paralelas, bigâmicas e poligâmicas, denominadas concubinato. Da mesma forma, não foram também regulamentadas as famílias anaparentais, pluriparentais e unipessoais.

A família monoparental, comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição e é uma das espécies de família parental trazida pelo projeto de Estatuto das Famílias, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 15 de dezembro de 2010³¹. O projeto define família parental como a constituída entre pessoas com relação de parentesco entre si e que decorram da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar. Além disso, regulamenta a família pluriparental, constituída pela convivência entre irmãos e as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais. A união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar por decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011. Esse assunto será estudado nos capítulos seguintes.

Ao se analisar a legislação em vigor, as discussões legislativas, a jurisprudência e a doutrina, é claro perceber que a família atual cada vez mais expressa os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo das entidades familiares, da

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Substitutivo ao Projeto de Lei nº 674, de 2007*. Brasília: 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/>

igualdade entre as elas e da afetividade. O pluralismo das entidades familiares surgiu com a Constituição e foi ampliado pela Jurisprudência e pelo Legislativo, este ainda em fase de discussão. As várias entidades familiares ainda são tratadas juridicamente de forma diferente, mas estão a caminho da igualdade.

Por outro lado, foi a Lei Maria da Penha, ao definir a família, que trouxe afetividade como principal característica da família. É o conceito que mais se aproxima da família eudemonista. Segundo Maria Berenice Dias,

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. [...] Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros³².

Não há um conceito certo de família, pois é um instituto que está em constante evolução. Um conceito de família muito restrito exclui da proteção do Estado muitas famílias e fere o direito individual desses indivíduos. A família que merece a proteção do Estado deve ser considerada de forma ampla, e abranger as uniões decorrentes de laços naturais, de vontade ou de afetividade, em que haja uma comunhão de vida, amor e afeto. Essa é a família atual: a hierarquia e o patriarcalismo cederam seu lugar à democracia, à igualdade, ao respeito mútuo e à solidariedade familiar; as razões morais, religiosas e políticas, deram lugar à afetividade, à lealdade e à liberdade, com cada vez menor a ingerência do Estado na família.

prop_mostrarintegra;jsessionid=8F7AB69C5D48EE0943171223735EBF7A.node1?codteor=830734&filename=Parecer-CCJC-15-12-2010>. Acesso em: 15 set. 2012.

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 54.

2. HOMOSSEXUALIDADE E HOMOFOBIA

A questão da homossexualidade não é algo recente no Brasil, nem no mundo, mas sim ligada à própria humanidade. Seja decorrente de fatores biológicos, genéticos, psicológicos, ou da própria liberdade individual de escolha da orientação sexual, trata-se de uma minoria da população a quem não pode ser negada a dignidade da pessoa humana, direito elevado ao *status* de fundamento do nosso Estado Democrático de Direito. À margem da Lei, milhares de pessoas conviventes em uniões homoafetivas são excluídas, sem terem reconhecidos vários direitos fundamentais, entre patrimoniais, sucessórios, previdenciários e relativos à adoção, além de serem equiparados a uma mera sociedade de fato. Apesar da evolução da afetividade na realidade brasileira, o povo brasileiro mostrou-se não somente indiferente à necessidade de uma evolução jurídica, mas também relutante a mudanças legislativas que abrangessem os direitos dos casais de mesmo sexo.

2.1. Identidade sexual

Primeiramente, há a necessidade de distinguir os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, que são distintos. Gênero leva à ideia do binômio homem/mulher, masculino/feminino, enquanto sexualidade traduz os desejos sexuais, a orientação sexual de cada indivíduo. Louro explica melhor essa distinção:

Ainda que gênero e sexualidade constituam em dimensões extremamente articuladas, parece necessário distingui-las aqui. Estudiosos e estudiosas feministas tem empregado o conceito de gênero para se referir ao caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo; assim sendo, as identidades de gênero remetem-nos às várias formas de viver a masculinidade ou a feminilidade. Por outro lado, o conceito de sexualidade é utilizado, nesse contexto, para se referir às formas como os sujeitos vivem seus prazeres e desejos sexuais. No campo teórico dos estudos feministas, gênero e sexualidade são, ambos, constructos sociais, culturais e históricos. No entanto, essa não é uma formulação amplamente aceita, especialmente quando se trata da sexualidade. Nesse terreno, mais do que em qualquer outro, os argumentos da ‘natureza’ parecem falar mais alto³³.

A identidade sexual de um indivíduo pode ser classificada pelo sexo, pela identidade de gênero e pela orientação sexual³⁴. A identificação de um indivíduo em relação ao sexo avalia o sexo “biológico”, o sexo/gênero designado a uma pessoa ao nascer, isto é, o indivíduo pode ser homem ou mulher, o que não exclui a existência de hermafroditas³⁵,

³³ LOURO, Guacira Lopes. Corpo, escola e identidade. *Revista Educação & Realidade*. Porto Alegre: v. 25, n. 2, julho a dezembro de 2000, p. 63.

³⁴ ZAMBRANO, Elizabeth. *Transexuais: identidade e cidadania*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 99.

³⁵ WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. *Hermafrodita*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hermafrodita>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

peças que nascem com órgãos sexuais femininos e masculinos. Há quem critique o binarismo sexual, ideia de que só existem dois gêneros, masculino e feminino, e todas as pessoas devem estar alinhada a um desses gêneros³⁶. São exemplos de classificação contrária ao binarismo o gênero estranho (*genderqueer*), terceiro sexo (*third gender*), sem gênero (*agender*), andrógino (*androgyn*) e neutro (*neutrois*)³⁷.

Em relação à identidade de gênero, é possível identificar os transexuais e travestis, chamados transgêneros, e as pessoas “normais” ou cis. Transgêneros são pessoas que se identificam como um sexo oposto ao seu sexo **biológico**, considerados portadores de transtorno de identidade sexual, patologia incluída no Cadastro Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde (OMS)³⁸. As pessoas cis, que englobam os cisgêneros e cissexuais, são aquelas cujo sexo/gênero designado ao nascer coincide com o sentimento interno/subjetivo de sexo/gênero³⁹. Por outro aspecto, em relação à orientação sexual, observamos os homossexuais, bissexuais e heterossexuais.

Apenas por motivos didáticos, nesta monografia se utilizará a expressão “homoafetivos” para identificar o conjunto da população formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, a população LGBT, que engloba excluídos e discriminados, seja em relação à identidade de gênero (transexuais e travestis), seja pela orientação sexual (gays, lésbicas e bissexuais). Assim, o grupo LGBT é formado por lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis. O foco desta monografia é a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, isto é, a união afetiva homossexual, o que leva a priorizar o estudo da homossexualidade e da orientação sexual, em detrimento da identidade de gênero.

2.2. Homossexualidade

2.2.1. Conceito

Pode-se conceituar a homossexualidade como a sexualidade ou afetividade entre pessoas com a mesma identidade sexual, ou seja, o desejo sexual entre pessoas do

³⁶ KAAS, Hailey. *O que é cissexismo*. Transfeminismo. 04 jul. 2012. Disponível em <<http://transfeminismo.com/2012/07/04/o-que-e-cissexismo>>. Acesso em: 18 set. 2012.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/publico/Tesealexandre.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012, p. 115.

³⁹ KAAS, Hailey. *Op. cit.*

mesmo sexo. A homossexualidade é uma infinita variação do mesmo tema, isto é, das relações sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁰

A homossexualidade não é um fenômeno exclusivo da raça humana, mas um fenômeno quase universal no reino animal. É impressionante a variedade e a onipresença do comportamento homossexual em animais, o que tem sido observado em uma ampla gama de espécies, incluindo mamíferos, aves, répteis, anfíbios, insetos, moluscos e nematódeos⁴¹.

2.2.2. Aspectos históricos

Historicamente, a homossexualidade fez parte de muitas culturas, e foi condenada em outras. Tradicionalmente, as culturas religiosas judaica, cristã e muçumana condenam a prática homossexual, enquanto outras religiões como o budismo, o espiritismo, a umbanda e o candomblé são mais receptíveis à homossexualidade.

O cristianismo considera pecado as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, devendo o homossexual viver em abstinência sexual⁴². Santo Tomás de Aquino, um dos filósofos cristãos, incluiu a homossexualidade no rol dos pecados contra a natureza⁴³. O islamismo considera a homossexualidade um pecado que, dependendo da ramificação, como os Hamabalitas, deve ser punida com castigo físico severo.⁴⁴ O judaísmo considera o comportamento homossexual uma abominação⁴⁵, cujo nome, referindo-se à maldita sodomia, considerada um pecado nefando, não podia nem ser pronunciado⁴⁶.

O preconceito da população brasileira contra a população homoafetiva é certamente decorrente da nossa cultura religiosa, haja vista que no Brasil predomina a religião cristã. Portanto é justificável a maioria da população brasileira acreditar que a homossexualidade é um pecado contra as leis de Deus⁴⁷.

⁴⁰ FRY, Peter, MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade?* São Paulo: Brasiliense/Abril Cultural, 1985. (Coleção Primeiros passos). p. 7.

⁴¹ BAILEY, Nathan W.; ZUK, Marlene. Same-sex sexual behavior and evolution. *Trends in Ecology and Evolution*, Califórnia, v. 24, n. 8, p. 439-446, jun. 2009. Disponível em <http://www.thestranger.com/images/blogimages/2009/09/14/1252958575-evolution_of_homosexuality.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012, p. 439.

⁴² ARMÁRIOX. *As religiões e o homossexualismo*. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/conteudos/religoes.php>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁴³ MOTT, Luiz. Memória gay no Brasil: O amor que não se permitia dizer o nome. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/luizmottbr/artigos07.html>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

⁴⁴ ARMÁRIOX. *Op. cit.*

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ MOTT, Luiz. *Op. cit.*

⁴⁷ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 214.

No Brasil Colônia, quando o catolicismo era a religião oficial de Portugal, a homossexualidade, então chamada de sodomia, era considerada um dos crimes mais hediondos, e equiparada, na sua punição, aos delitos de lesa majestade e à traição nacional⁴⁸.

Durante o Brasil oficialmente católico, a homossexualidade representava três grandes causas de dissidências: a primeira é que os homossexuais davam mais valor à atração física e à paixão que à tradição matrimonial e patrimonial do casamento; a segunda é a dissociação do prazer sexual da reprodução; a última é a quebra das barreiras socialmente estabelecidas nas interações sócio-sexuais, por serem os homossexuais mais democráticos que os heterossexuais em suas relações com os diferentes grupos sociais, ultrapassando as fronteiras de raça, cor, etnia, idade e status sócio-econômico⁴⁹.

Em 1821, foi extinto o Tribunal da Santa Inquisição e, por influência do Código de Napoleão, a homossexualidade deixa de ser considerada crime e passa a ser tratada como doença. Entretanto, muitos médicos passaram a obrigar os homossexuais a se submeterem a tratamentos violentos e inócuos para transformá-los em heterossexuais⁵⁰. Fica claro que, na história do Brasil, a homossexualidade passou por diversos estigmas negativos, de pecado abominável e crime gravíssimo à doença.

2.2.3. Causas da homossexualidade

Muitas são as polêmicas que envolvem as causas da homossexualidade, e são muitas as possibilidades. A principal motivação da busca de uma gênese da homossexualidade é a consideração de que há algo anormal com a sexualidade do homossexual. A própria medicina, como ciência, já considerou o homossexualismo como doença.

Os médicos tinham conceitos sobre o que era normal ou anormal, que os orientava para caracterizar o homossexualismo como doença ou não. [...] procuravam também causas para explicar a existência de homens assim, fossem hereditárias, psicanalíticas, biotipológicas ou endocrinológicas⁵¹.

Entre as teorias científicas, já houve muitas mudanças. O homossexualismo já foi considerado doença, patologia, e distúrbio mental pelos órgãos nacionais e internacionais de medicina, psicologia e psiquiatria. Em 1973, a *American Psychiatric Association* (APA) retirou a homossexualidade do oficial Manual Diagnóstico e Estatístico de

⁴⁸ MOTT, Luiz. Memória gay no Brasil: O amor que não se permitia dizer o nome. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/luizmottbr/artigos07.html>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ GREEN, James. Naylor, POLITO, Ronald. *Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980)*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2004. (Baú de Histórias). p. 25.

Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*)⁵². Também em meados dos anos 1970, a Associação Americana de Psicologia (American Psychological Association – APA) adotou o mesmo procedimento⁵³. No Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Medicina (CFM) deixa de considerar o homossexualismo como doença, ao transferir o seu diagnóstico da categoria de desvios e transtornos sexuais para a de outras circunstâncias psicossociais⁵⁴. Em 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou o homossexualismo do Cadastro Internacional de Doenças (CID). Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia, considerando que a homossexualidade não constitui doença, distúrbio ou perversão, proibiu os psicólogos de propor tratamento ou cura para homossexuais⁵⁵.

Freud, conhecido como o pai da psicanálise, foi um cientista que escreveu vários livros sobre a sexualidade, e defendeu a tese de que a homossexualidade não é patologia, nem um desvio sexual, mas apenas um variação possível da sexualidade. Ceccarelli disserta sobre o pensamento de Freud relativo à homossexualidade:

O que se depreende da leitura desses textos, embora algumas ambigüidades existam, é que a homossexualidade é uma posição libidinal, uma orientação sexual, tão legítima quanto a heterossexualidade. Freud sustenta esta posição partindo do complexo de Édipo, fundado sobre a bissexualidade original, como referência central a partir da qual a chamada ‘escolha do objeto’ ou ‘solução’, que acho mais adequado, vai se constituir. [...] os investimentos libidinais homossexuais estão presentes, ainda que no inconsciente, de todos os seres humanos desde o início da vida⁵⁶.

Atualmente, há duas principais teorias que explicam as causas da orientação sexual e da identidade de gênero. De um lado, geneticistas defendem que a homossexualidade tem determinação genética, isto é, não é uma opção ou estilo de vida, mas o resultado de uma variação genética.⁵⁷ De outro lado, psicólogos e psicanalistas sustentam que fatores ambientais incidentes no desenvolvimento da personalidade, seja intra ou extrafamiliares, pesam muito mais na determinação da psicosexualidade ou definição sexual que fatores

⁵² APA Task Force. *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*. Washington: American Psychological Association: 2009. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2012, p. 11.

⁵³ *Ibidem*. p. 11.

⁵⁴ MENDES, Liorcino Léo. *Presença LGBT na mídia*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 156.

⁵⁵ CONSELHO Federal de Psicologia. *Resolução CFP nº 001/99, de 22 de março de 1999*. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Disponível em: <http://pol.org.br/legislacao/pdf/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2012.

⁵⁶ CECCARELLI, Paulo Roberto. *A invenção da homossexualidade*. Bahia: Grupo Gay da Bahia, 2011. Disponível em: < <http://www.ggb.org.br/Paulo%20Roberto%20Ceccarelli%20-%20A%20invencao%20da%20homossexualidade.html>>. Acesso em: 04 mai 2012.

⁵⁷ LIMA, Raymundo de. A polêmica sobre as causas do homossexualismo. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, ano. 1, n. 0, mai. 2001. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/000/0ray.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

genéticos⁵⁸. Enquanto alguns acreditam que a homossexualidade é genética, ou seja, já nasce com a pessoa, outros acreditam que o ambiente em que a pessoa é criada é o fator determinante da homossexualidade. Por outro lado, há também quem defenda que seja apenas uma escolha entre as opções ser homossexual ou heterossexual.

Os estudiosos do assunto concordam que não há uma única causa quanto ao que determina o homossexualismo⁵⁹. Mesmo entre os psicanalistas, ainda hoje não há um consenso. Ceccarelli ressalta que há um debate constante entre os “analistas que vêem a homossexualidade como algo que pode e deve ser tratado, e aqueles, mais próximos a Freud, que a entendem como uma posição libidinal ao mesmo título que a heterossexualidade”⁶⁰. Um recente estudo publicado na *Public Library of Science* concluiu que a orientação sexual e a identidade de gênero estão ligados a fatores genéticos, mas também é influenciado por fatores ambientais⁶¹.

2.2.4. Epistemologia

Com a descaracterização do homossexualismo como doença, o termo foi substituído por homossexualidade. O sufixo grego “ismo” tem conotação pejorativa, pois significa posição filosófica ou científica⁶², modo de proceder ou pensar⁶³, mas também significa doença⁶⁴. O sufixo latino “idade” tem uma conotação considerada mais apropriada, pois exprime a noção de qualidade ou condição⁶⁵. É clara a diferença entre os dois termos decorrente da utilização dos sufixos diferentes. O Dicionário Priberam da Língua Portuguesa os diferencia, define **homossexualismo** como a **prática de atos sexuais** entre pessoas do

⁵⁸ LIMA, Raymundo de. A polêmica sobre as causas do homossexualismo. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, ano. 1, n. 0, mai. 2001. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/000/0ray.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ CECCARELLI, Paulo Roberto. *A invenção da homossexualidade*. Bahia: Grupo Gay da Bahia, 2011. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/Paulo%20Roberto%20Ceccarelli%20-%20A%20invenção%20da%20homossexualidade.html>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

⁶¹ BURRI, Andrea; CHERKAS, Lynn; SPECTOR, Timothy; RAHMAN, Qazi. Genetic and Environmental Influences on Female Sexual Orientation, Childhood Gender Typicality and Adult Gender Identity. *PLoS ONE*, California, v. 6, n. 7, 8p., jul. 2011. Disponível em: <<http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0021982>>. Acesso em: 30 mar. 2012, p. 1.

⁶² MEGALE, Januário Francisco. *Alguns “ismos” das Ciências Sociais*. Cultura Brasil. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/ismos.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

⁶³ GARCIA, Fernando. *O preconceito e o sufixo ‘ismo’*. Artigonal, 2010. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/cotidiano-artigos/preconceito-e-o-sufixo-ismo-1826156.html>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

⁶⁴ LEITE, Érida Maria Diniz. *Dicionário Digital de Termos Médicos 2007*. Natal, UFRN, 2007. Disponível em: <http://www.pdamed.com.br/diciomed/pdamed_0001_10125.php>. Acesso em: 03 abr. 2012.

⁶⁵ -IDADE. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*. Lisboa, Priberam, 2012. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

mesmo sexo⁶⁶ e a **homossexualidade** como o **afeto ou interesse sexual** pelo mesmo sexo⁶⁷ [grifo nosso]. Por outro lado, há léxicos que consideram homossexualismo e homossexualidade como expressões sinônimas⁶⁸.

2.2.5. A homossexualidade no mundo

No mundo, há um grande avanço no respeito aos direitos homoafetivos, desde os países que reprimem a conduta homossexual, passando pelos países indiferentes, até os que adotam medidas afirmativas em defesa desses direitos. Segundo pesquisa publicada pela International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA), em maio de 2011, há 76 países que possuem leis que penalizam as pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero⁶⁹ e, em pelo menos cinco deles, é possível a aplicação de pena de morte aos condenados por crimes relativos a relações homossexuais consentidas entre adultos⁷⁰. Na África do Sul, é frequente a ação de grupos violentos motivados pelo preconceito que praticam estupros “corretivos” – uma forma de castigar e “curar” as mulheres de sua opção sexual – não raro, seguidos de morte, como mostra o relatório da organização não-governamental ActionAid, em 2009⁷¹.

Enquanto alguns países, mais conservadores, condenam homossexuais pelo que são, sentem ou fazem, outros, mais liberais, reconhecem-nos como cidadãos dotados da mesma humanidade dos heterossexuais, merecedores dos mesmos direitos fundamentais, e afirmam seus direitos. Uma das ações que um país pode fazer pelos direitos homoafetivos é reconhecer a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas ainda são poucos os países que o fizeram, e são dez países apenas, a saber: Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia e Argentina⁷² O primeiro país que legalizou

⁶⁶ HOMOSSEXUALISMO. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*. Lisboa, Priberam, 2012. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

⁶⁷ HOMOSSEXUALIDADE. In: *DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa*. Lisboa, Priberam, 2012. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

⁶⁸ RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando (coord.). *Dicionário Larousse da Língua Portuguesa Míni*. 1. ed. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005, p. 412.

⁶⁹ ASAMBLEA General de las Naciones Unidas. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Santiago, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Leyes-y-pr%C3%A1cticas-discriminatorias-y-actos-de-violencia.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012, p. 14.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 16

⁷¹ ACTIONAID. *Crimes motivados pelo preconceito: aumento de ocorrências de estupro “corretivo” na África do Sul*. 2009. Disponível em: <http://www.actionaid.org.br/Portals/0/Docs/estuproCorretivo_2009.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2012, p. 5.

⁷² WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo>. Acesso em: 09 abr. 2012.

o casamento *gay* foi a Holanda, em 2001⁷³. Em 2006, o primeiro país africano a autorizar o casamento homossexual, o único daquele continente. Nos Estados Unidos, em que os estados podem individualmente legislar sobre Direito de Família, o estado de Massachusetts foi o primeiro que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e hoje já somam nove estados daquele país onde homossexuais podem casar⁷⁴. Em 2010, a Cidade do México, estado do México também legalizou o casamento homoafetivo⁷⁵. Mas foi a Argentina, em 2010, o primeiro país da América que autorizou formalmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷⁶.

Outra forma de proteção aos direitos homoafetivos, dentre eles os sucessórios, são as uniões civis⁷⁷. A união civil homoafetiva já é autorizada em dezenove países⁷⁸, inclusive no Brasil. A Dinamarca, em 1989, foi o primeiro país a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo⁷⁹. No Brasil, em 2011, a união homoafetiva foi equiparada à união estável heterossexual por decisão do Supremo Tribunal Federal que será objeto de estudo do capítulo seguinte. Além disso, no mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo⁸⁰.

Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou uma resolução apresentada pelo Brasil e a África do Sul em defesa da liberdade de orientação sexual e identidade de gênero⁸¹. Ainda assim, muitos países signatários da ONU não tomaram ainda atitude alguma em defesa dos direitos homoafetivos. É um paradoxo considerável que países ditatoriais ou que violam sistematicamente os direitos humanos, no geral, não se negam a pelo menos simular que aderem às normas da ONU, mas quando tratam das minorias sexuais e dos direitos dos LGBT, recusam veementemente a se comprometer com avanços nesta área dos direitos humanos⁸².

⁷³ VARGAS, Fábio de Oliveira. *União Homoafetiva: Direitos Sucessórios e Novos Direitos*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011, p. 109.

⁷⁴ WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo>. Acesso em: 09 abr. 2012.

⁷⁵ VARGAS, Fábio de Oliveira. *Op. cit.* p. 109.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁸ WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. *Op. cit.*

⁷⁹ VARGAS, Fábio de Oliveira. *Op. cit.* p. 115.

⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. *REsp nº 1183378*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 fev. 2012.

⁸¹ ONUBR Nações Unidas do Brasil. *Conselho de Direitos Humanos adota resolução sobre orientação sexual e identidade de gênero*. 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conselho-de-direitos-humanos-adota-resolucao-sobre-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

2.2.6. A homossexualidade no Brasil

É importante identificar quem são os homossexuais, quantos são, mas não é fácil. Muitos homossexuais são invisíveis, pois não assumem publicamente sua orientação sexual. Em pesquisa feita pela Fundação Perseu Abramo, 78% dos brasileiros se consideram heterossexuais e apenas 2% se declaram homossexuais ou bissexuais⁸³, sendo que 20% nem responderam este quesito.

Esses dados provam que os homossexuais são realmente uma minoria na população brasileira, mesmo sem esquecer os homossexuais não assumidos. Esses homossexuais, se de um lado sofrem preconceito e discriminação dos homofóbicos, de outro gozam o lento avanço do Estado brasileiro na direção de proteger os seus direitos mais fundamentais. É o que se segue nos próximos itens.

Há três formas distintas de o ordenamento jurídico tratar determinado conteúdo, que pode ser com assimilação, rejeição ou indiferença⁸⁴. Por essa classificação, o ordenamento jurídico brasileiro não trata a homossexualidade com rejeição, considerando-a ofensa frontal a valores, princípios e normas, mas também não a trata com assimilação, com a considerando-a merecedora de proteção estatal. No Brasil, a homossexualidade está mais próxima do tratamento indiferente que da rejeição ou proteção.

2.3. Homofobia no Brasil

Cotidianamente, milhões de pessoas, entre homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais sofrem intensa opressão, humilhação, silenciamento, marginalização, exclusão e diversas formas de preconceito, discriminação e violência, decorrente de uma sociedade historicamente regada a desigualdades injustas. Essa desigualdade decorre da chamada heteronormatividade, um conjunto de discursos, valores e práticas instituídos pela sociedade que impõem a heterossexualidade como a única possibilidade legítima de expressão sexual e de gênero⁸⁵, baseado na crença na existência natural de dois sexos que seriam traduzidos, de maneira automática e correspondente, em dois gêneros complementares e em

⁸² RODRIGUES, Julian. *Direitos humanos e diversidade sexual: Uma agenda em construção*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 28.

⁸³ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 234.

⁸⁴ VILLELA, João Baptista. *Direito. Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social nãoviolenta*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Série Monografias, v. IV, n. 3. Belo Horizonte: UFMG, 1982, p.73.

⁸⁵ WARNER, 1993 *apud* PRADO & JUNQUEIRA, *Homofobia, hierarquização e humilhação social*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *op. cit.* p. 52-53.

modalidades de desejos igualmente ajustadas à heterossexualidade compulsória, constituindo uma sequência normativa sexo-gênero-sexualidade⁸⁶.

A heteronormatividade é resultado de um processo histórico e cultural de transformação em norma da heterossexualidade compulsória, que possibilita a existência de um controle da conduta sexual e das expressões e identidades de gênero. Esse controle é a própria homofobia em ação.

A homofobia é a violência psicológica, moral, verbal, física ou sexual, a discriminação, o desprezo, a humilhação e o constrangimento contra um LGBT ou contra o grupo LGBT, por motivo de sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. A homofobia é um sistema de humilhação que consiste em considerar o outro (no caso os homoafetivos) como desigual, inferior, anormal, da mesma forma que outras formas de discriminação, como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo⁸⁷.

O termo homofobia tem sido comumente empregado em referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação aos 'homossexuais'. [...] o termo, pouco a pouco, também passou a ser usado em alusão a situações de preconceitos, discriminação e violência contra a comunidade LGBT. Passou-se da esfera individual e psicológica para uma dimensão mais social e potencialmente mais politizadora⁸⁸.

Entretanto, os integrantes do grupo LGBT não são os únicos que sofrem discriminação e opressão. Muitos outros grupos da sociedade também já foram explorados e oprimidos, e tiveram de lutar para conquistar seu lugar na sociedade, bem como o respeito a seus direitos.

De maneiras desiguais e historicamente distintas, os diversos setores sociais, como os trabalhadores, as mulheres, os jovens, os negros e os indígenas, explorados e oprimidos em todo o mundo estão em permanente luta pelo direito de viver com um mínimo de dignidade, contra autoritarismos e injustiças de todos os tipos. Vivem, portanto, em constante conflito contra as forças do conservadorismo, do patriarcado, do racismo estrutural, do grande capital; contra o arbítrio estatal, o imperialismo, as guerras e genocídios, e lutam por soberania. Assim foram conquistadas fatias de liberdade e diminuídas as desigualdades⁸⁹.

⁸⁶ BUTLER, 2003 *apud* PRADO & JUNQUEIRA, *Homofobia, hierarquização e humilhação social*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 53.

⁸⁷ PRADO & JUNQUEIRA, *Homofobia, hierarquização e humilhação social*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 63.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁹ RODRIGUES, Julian. *Direitos humanos e diversidade sexual: Uma agenda em construção*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 25.

Seffner faz uma pequena amostra da produção cultural das identidades de gênero e de sexualidade, que aponta a diversidade da homofobia no Brasil:

Experimente perceber o que lhe vem à cabeça ao ler cada um dos termos a seguir: [...] gay, viado, bicha, sapata, sapatão, caminhoneira, sapatilha, *lesbian chic*, bicha *Barbie*, bicha *boy*, bofe, biba, *michê boy*, *michê operário*, quaquá, poc-poc, mona, moninha, monethi, entendido, fruta, bolacha, bonberita, *dyke*, fada, melissinha, entendida, sabonete, sapa, sargentão, trava, traveca, bissexuais, bicurious, geração fluxo, transgênero, gilete, machorra, paraíba, transexual, *drag queen*, travecão, amapoa, xibungo, urso, operada, mulher readequada, *susie*, macho sarado, ativo liberal, mulher ativa, tia, maricona HSH, pessoas ‘fora do meio’, *dad*, tiozinho, tiozão etc.⁹⁰

Esses termos justificam a elástica utilização dos homoafetivos como material para programas de humor da mídia brasileira, o que enfatiza a demonstração de discriminação e preconceito. Entre as causas da homofobia estão o machismo⁹¹, o sexismo⁹², e o cissexismo⁹³.

Os homossexuais são vistos por boa parte da população como identidades a corrigir, indivíduos a serem curados pela medicina ou pela intervenção da religião, ou pessoas promíscuas, com falta de caráter ou mal resolvidas⁹⁴. A relação da homossexualidade com conceitos negativos como crime, pecado, promiscuidade, falta de caráter, safadeza, responsabilidade por doenças como a Aids etc. é o que se considera disformismo sexual. Se a população vê os homossexuais dessa forma, como poderiam concordar que eles tenham os mesmos direitos que os heterossexuais? Essa crença da população no disformismo sexual, somada à heteronormatividade, aumenta a homofobia.

Fez-se uma análise aos resultados da pesquisa Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais, publicada em 2011. A pesquisa mostra o alto índice de preconceito contra as pessoas não heterossexuais no Brasil, bem como o alto índice de homofobia. Constatou-se que 99% dos entrevistados manifestaram preconceito contra a população LGBT⁹⁵. Nesse caso, a pesquisa mostra índice de preconceito velado, pois não houve uma pergunta direta, mas vinte e duas perguntas diversas, que possibilitaram a identificação de vinte e seis variáveis potencialmente homofóbicas.

⁹⁰ SEFFNER, Fernando. *Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 43.

⁹¹ *Ibidem*, p. 96.

⁹² LEONEL, Vange. *Lesbofobia*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 93.

⁹³ KAAS, Hailey. *O que é cissexismo*. Transfeminismo. 04 jul. 2012. Disponível em <<http://transfeminismo.com/2012/07/04/o-que-e-cissexismo>>. Acesso em: 18 set. 2012.

⁹⁴ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 214-215.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 204.

Perguntados se há preconceito contra gays e lésbicas no Brasil, 92% responderam sim (preconceito indireto)⁹⁶. Dos entrevistados, 26% admitiram ter preconceito pessoal contra gays, e 27% contra lésbicas (preconceito direto)⁹⁷. Na composição de um índice de homofobia, formado por quatorze perguntas, a pesquisa constatou que 25% dos entrevistados são homofóbicos⁹⁸.

Em pesquisa por parte dos homoafetivos, sobre orientação sexual, conduta sexual ou preferências sexuais, 53% afirmaram já terem se sentido discriminados⁹⁹ e 52% afirmaram ter sofrido violência¹⁰⁰. Esses dados comprovam que a homofobia no Brasil é grande, e que a grande maioria dos homoafetivos sofrem com a discriminação, o preconceito e a homofobia. Além disso, não se podem esquecer os que adotam a invisibilidade como proteção, sem assumir publicamente a condição de homossexuais.

Por muito tempo, não se falava nos homossexuais. Eles eram considerados um “problema” de menor importância, e estavam ausentes das discussões públicas. Inscrever homossexuais na discussão pública como sujeitos de direito é algo absolutamente contemporâneo¹⁰¹.

Quanto mais visíveis são os homoafetivos, mais sofrem discriminação e homofobia. Assim são os idosos, os negros, os deficientes, os índios, os estrangeiros, entre outros que são facilmente identificados. São evidentes as conexões com os regimes de controle da sociedade. Para excluir, é mister primeiro localizar¹⁰². Ventury & Bokany problematizam a relação entre a invisibilidade e a vulnerabilidade dos homossexuais:

Se por um lado, os dados apontam diminuição de preconceito entre os que convivem com homossexuais, por outro, o anonimato ou não assunção de suas identidades atua como mecanismo de proteção das pessoas homossexuais contra agressões homofóbicas¹⁰³.

Para os homoafetivos se protegerem da homofobia, adotam a “pedagogia do armário”, que é a ocultação da condição de homossexual, a manutenção da invisibilidade,

⁹⁶ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.). *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 204.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 204.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 210.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 217.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰² SEFFNER, Fernando. *Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 47.

¹⁰³ VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. *Foco na Homofobia: a coleta e a análise de dados*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 17.

submetendo-se ao segredo e ao silêncio¹⁰⁴. A outra opção é “sair do armário”, assumir a condição LGBT e se expor ao desprezo, à discriminação e ao preconceito públicos.

Segundo a opinião da população LGBT, para combater a homofobia no Brasil, o governo deveria atuar principalmente na Educação e na Justiça¹⁰⁵ e investir na legislação, em campanhas, programas e palestras¹⁰⁶. Mas 70% da população brasileira considera que combater a discriminação contra os homoafetivos não é obrigação dos governos, mas um problema que as pessoas têm de resolver entre elas, sem a interferência do governo¹⁰⁷. É a comprovação de que as pessoas sabem que há discriminação contra os homoafetivos, mas fingem que nada está acontecendo, recusam a enxergá-los como sujeitos de direito, e ainda isentam o Estado de qualquer responsabilidade. As pessoas não reconhecem a homofobia como um problema público nem os homoafetivos como cidadãos, dotados da mesma humanidade dos heterossexuais. Essa interpretação pública é consequência da fragilidade programática do Estado, inclusive o programa do governo federal Brasil sem Homofobia¹⁰⁸.

Às vezes a homofobia se mostra tão grave que o preconceito alcança a violência física e até a morte. O Grupo Gay da Bahia (GGB) publica anualmente um relatório dos homossexuais assassinados no Brasil. No relatório publicado este ano, foram documentados 266 assassinatos de homossexuais em 2011, no Brasil, sendo 162 gays, 98 travestis e 3 lésbicas¹⁰⁹. O relatório afirma que somente nos seis primeiros meses de 2012, já foram documentados 165 assassinatos contra gays, travestis e lésbicas no Brasil¹¹⁰. Esse relatório mostra o quão grande é a homofobia no Brasil, e que algo precisa ser feito pelo Estado para garantir os direitos dessa parte da população.

Sem muito esforço, é possível concluir que a opinião pública não está a favor dos direitos homoafetivos. Para que programas governamentais, sentenças judiciais e leis que garantam os direitos humanos dos homoafetivos ganhem o apoio da maioria da

¹⁰⁴ PRADO & JUNQUEIRA, *Homofobia, hierarquização e humilhação social*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 56.

¹⁰⁵ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*: Intolerância e respeito às diferenças sexuais. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 227.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 225.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 225.

¹⁰⁸ CALAZANS, Gabriela. *Prevenção ao HIV/AIDS, estigmatização e vulnerabilidade*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 147.

¹⁰⁹ NOSSOS Tons. *Assassinatos de homossexuais no Brasil*: relatório de 2011. Disponível em <<http://www.nossostons.com/2012/04/assassinato-de-homossexuais-no-brasil.html>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

¹¹⁰ CORREIA, Nildo. *GGB divulga relatório dos assassinatos de homossexuais no Brasil – 1º semestre 2012*. *Diversidade*. 04 jul. 2012. Disponível em <<http://blogsda gazetaweb.com.br/diversidade/?p=602>>. Acesso em: 18 set. 2012.

opinião pública há um longo caminho a ser percorrido. E não é possível conquistar esse apoio se o Estado não investir na educação. A educação parece ser o mais poderoso antídoto para combater o preconceito, intolerância e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero¹¹¹.

Fica evidente na pesquisa sobre diversidade sexual que o preconceito contra os homoafetivos diminui à medida que aumenta a escolaridade dos entrevistados¹¹². Essa afirmação comprova que investir em educação pode reduzir o preconceito contra a população LGBT. Por outro lado, segundo Julian Rodrigues, o primeiro passo para o combate da homofobia é o reconhecimento dos direitos civis da população LGBT¹¹³.

2.4. Ações do Brasil em favor dos homossexuais

Aparentemente, o Brasil é um país onde o movimento LGBT é forte, estruturado, pois realiza a maior parada gay do mundo, possui um diálogo com o Estado, a ponto de começar a ter uma maior exposição de LGBT na mídia, e a convencer o poder público da necessidade de políticas públicas de combate à homofobia e a garantir os direitos civis dos homoafetivos.

Por outro lado, a única lei brasileira que protege os homossexuais é a Lei Maria da Penha, que os incluiu no conceito de família, para proteção contra a violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, não há lei brasileira que garanta os direitos de cidadania, os direitos civis e os direitos de família dos homossexuais, nem lei que os proteja contra a discriminação e violência, ou seja, contra a homofobia.

2.4.1. Poder Legislativo

Há no Congresso Nacional, a tramitação de alguns projetos de lei referentes ao tema, como os exemplos a seguir. Desde 1995, tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei que disciplina sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo¹¹⁴. Entretanto, a discussão do projeto, após ser adiada várias vezes, está estacionada. Outro projeto de lei

¹¹¹ CARRARA, Sérgio; LACERDA, Paula. *Viver sob ameaça: preconceito, discriminação e violência homofóbica no Brasil*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 78.

¹¹² RAMIRES NETO, Luiz. *Homofobia na escola: o olhar de um educador social do movimento LGBT*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 135.

¹¹³ RODRIGUES, Julian. *Direitos humanos e diversidade sexual: Uma agenda em construção*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Op. cit.* p. 27.

¹¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1151, de 1995*. Autoria: Deputada Federal Marta Suplicy. Diário da Câmara dos Deputados, 21 nov. 1995. p. 5827-5829. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21NOV1995.pdf#page=41>>. Acesso em: 18 set. 2012.

disciplina a alteração do Código Civil para autorizar a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a sua conversão em casamento¹¹⁵. Este já foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Desde 2001, tramita na Câmara dos Deputados o PL da Homofobia, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual e da identidade de gênero¹¹⁶. O projeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu nova numeração e tramita lentamente, sem previsão de uma votação conclusiva¹¹⁷. Além desses projetos, há muitos outros em defesa dos direitos dos homossexuais e da população LGBT tramitando nas casas do Congresso Nacional, mas como afirma Maria Berenice, “todos emperrados e sem muitas chances de aprovação”¹¹⁸.

No Congresso Nacional, há uma fortíssima resistência (militante) de setores religiosos fundamentalistas que impede a aprovação desses projetos – o que, de fato, atrapalha seu trâmite normal. [...] Também crescem as reações articuladas e intolerantes contra qualquer menção à promoção de direitos dessa população¹¹⁹.

O Poder Legislativo covardemente sinaliza neutralidade em relação aos direitos dos homossexuais, mas a omissão em assegurar esses direitos encobre grande preconceito.

O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos à parcela minoritária da população alvo de discriminação¹²⁰.

As causas dessa omissão legislativa podem ser atribuídas a problemas de ordem dogmática e cultural, mas também consequência da omissão constitucional, do conservadorismo judicial e do receio político de legislar sobre o assunto e desagradar o

¹¹⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 612/2011, de 29 set. 2011*. Autoria: Senadora Marta Suplicy. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102589>. Acesso em: 18 set. 2012.

¹¹⁶ *Idem*. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5003, de 2001*. Autoria: Deputada Federal Iara Bernardi. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5003&intAnoProp=2001&intParteProp=1>>. Acesso em: 18 set. 2012.

¹¹⁷ *Idem*. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, de 12 dez. 2006*. Autoria: Deputada Federal Iara Bernardi. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 18 set. 2012.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Legislação brasileira e homofobia*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 169.

¹¹⁹ RODRIGUES, Julian. *Direitos humanos e diversidade sexual: uma agenda em construção*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 32-33.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 168.

eleitorado¹²¹. Na esfera estadual, o estado de Alagoas, em 2001, e o estado do Pará, em 2007, incluíram em suas Constituições a não discriminação por orientação sexual nos rol de objetivos fundamentais¹²²¹²³. A mesma proibição está prevista nas Constituições dos estados de Sergipe e Mato Grosso e na Lei Orgânica do Distrito Federal¹²⁴. A simples inclusão desse termo na Constituição Estadual não garante a igualdade independente de orientação sexual, mas para uma minoria tão oprimida, qualquer avanço jurídico é considerado um passo na direção da liberdade.

2.4.2. Poder Executivo

Apesar da ausência de leis que garantam os direitos homoafetivos, o Brasil não está totalmente indiferente em relação aos homoafetivos. Em 1996, o governo Fernando Henrique Cardoso lançou o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH¹²⁵. Segundo o texto do programa, direitos humanos são direitos fundamentais de todas as pessoas, inclusive homossexuais¹²⁶. Entre os objetivos do PNDH estava prevenir a violência contra grupos em situação mais vulnerável, como os homossexuais¹²⁷, propor legislação proibindo qualquer tipo de discriminação, inclusive com base em sexo e orientação sexual¹²⁸.

Em 2000, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) editou Instrução Normativa¹²⁹ que possibilitou a concessão de benefícios previdenciários aos companheiros homossexuais, após determinação judicial proferida em Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal.

¹²¹ SPENGLER, Fabiana Marion. *União Homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003, p. 73.

¹²² ALAGOAS (Estado). *Constituição do Estado de Alagoas: Emenda Constitucional nº 23/2001*. D.O.E. 20.09.2001. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/constituicao-estadual/emendas-constitucionais/emenda-constitucional-23/at_download/file>. Acesso em: 05 mai. 2012.

¹²³ PARÁ (Estado). *Constituição do Estado do Pará e Emendas Constitucionais 01 a 51*. D.O.E. 13.02.2007. Disponível em: <<http://pa.gov.br/downloads/ConstituicaoDoParaatecaEC48.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Curso Segurança Pública sem Homofobia – Módulo I*. p. 60.

¹²⁵ *Idem*. Decreto nº 1.904. Brasília, 13 mai. 1996. D.O.U. 14 mai. 1996. Acesso em: 17 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm>.

¹²⁶ *Idem*. Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)*. Acesso em: 17 ago. 2012. Disponível em <http://unesp.br/observatorio_ses/mostra_arq_multi.php?arquivo=1684>. p. 2.

¹²⁷ *Idem*. Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)*. Acesso em: 17 ago. 2012. Disponível em <http://unesp.br/observatorio_ses/mostra_arq_multi.php?arquivo=1684>. p. 6.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹²⁹ *Idem*. Instituto Nacional do Seguro Social. *Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 07 de junho de 2000*. D.O.U. 08 jun. 2000. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

Em 2002, o Governo Federal lançou nova versão do Programa Nacional de Direitos Humanos, o PNDH II¹³⁰, que avançou no tema da homoafetividade. Com o programa, o Governo Federal aclama a necessidade de garantia do direito à livre orientação sexual e a proibição de discriminação por orientação sexual, bem como a regulamentação da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo¹³¹. Nesse texto, é dada visibilidade aos homoafetivos, nomeados pela sigla GLTTB, e são propostas políticas públicas de educação na defesa dos direitos dessa população¹³²

Em 2004, o Ministério da Justiça elaborou o programa Brasil sem Homofobia, articulado entre o Governo Federal e a sociedade civil organizada. Entre os princípios afirmados pelo programa está a não-discriminação por orientação sexual, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais¹³³. O principal objetivo do programa é:

Promover a cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais¹³⁴.

Em 2008, convocada pela Presidência da República, foi realizada em Brasília a 1ª Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, com a participação do então presidente Lula, um evento inédito no mundo¹³⁵. A partir desse momento, a sigla padronizada LGBT foi amplamente utilizada para definir os homoafetivos. Nesse encontro, o Governo Federal prometeu elaborar diversas políticas públicas em defesa dos direitos homoafetivos e contra a homofobia.

Em 2009 foi lançada a terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos, o PNDH III¹³⁶, que acrescenta aos direitos humanos a livre identidade sexual, além da livre orientação sexual já expressa nos programas anteriores¹³⁷. Esse programa prevê a

¹³⁰ BRASIL. *Decreto n° 4.229*. Brasília, 13 mai. 2002. D.O.U. 14 mai. 2002. Acesso em: 17 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm>.

¹³¹ *Idem*. Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II)*. Acesso em: 17 ago. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndhII/Texto%20Integral%20PNDH%20II.pdf>>. p. 12.

¹³² *Ibidem*, p. 19.

¹³³ *Idem*. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual*. Brasília, Ministério da Saúde, 2004, p. 11-12.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹³⁵ MENDES, Liorcino Léo. *Presença LGBT na mídia*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 158.

¹³⁶ BRASIL. *Decreto n° 7.037*. Brasília, 21 dez. 2009. D.O.U. 22 dez. 2012. Acesso em: 18 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>.

¹³⁷ *Idem*. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH III)*. Acesso em: 18 ago. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>. p. 98.

necessidade de políticas públicas de educação para o combate à discriminação contra a população GLTTB¹³⁸.

Pelo que se vê nas promessas do Governo Federal e nos programas como os PNDHs, nem parece haver homofobia no Brasil. Entretanto, nada parece “sair do papel”. Proclamar direitos não é suficiente, é mister positivá-los, promovê-los e garanti-los¹³⁹.

2.4.3. Poder Judiciário

Ainda que sem uma legislação favorável, quando os homoafetivos recorrem ao judiciário em busca da garantia de seus direitos, os juízes e tribunais não podem deixar de julgar, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição. Não raro, os direitos normalmente concedidos aos integrantes das demais entidades familiares foram também concedidos aos casais homoafetivos. Entretanto, a jurisprudência e a doutrina fazem um discurso jurídico em diversos sentidos, com múltiplas opiniões e soluções aos casos concretos, o que faz a segurança jurídica ficar a anos-luz de distância.

Os argumentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a união homoafetiva ora a enquadram como sociedade de fato, ora a equiparam à união estável, ora, muito raro, ao casamento. Entretanto, em muitas ocasiões, as decisões judiciais analisavam o tema de forma incidental para fundamentar um direito à pensão alimentícia, meação dos bens adquiridos decorrente de dissolução de união homoafetiva, ou um direito à herança.

É possível destacar alguns direitos decorrentes da equiparação da união homoafetiva à união estável que, submetidos à análise judicial, ora eram concedidos, ora não. Seguem alguns exemplos: pensão alimentícia em caso de dissolução da união, adoção conjunta, opção pelo sobrenome do parceiro, soma de renda para diversos fins contratuais, guarda e visita dos filhos comuns em caso de dissolução da união, participação dos programas do Estado voltados à família, acompanhamento do parceiro servidor público transferido, impenhorabilidade do imóvel próprio em que o casal resida, garantia da meação dos bens adquiridos em caso de dissolução da união, licença-maternidade/paternidade para o caso de nascimento/adoção de filho de parceiro, abono-família, licença-luto e auxílio-funeral, em caso de morte do parceiro, nomeação como inventariante do parceiro falecido, herança, dano moral reflexo se o parceiro falecer em razão de ato ilícito, visita íntima caso o companheiro esteja

¹³⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH III)*. Acesso em: 18 ago. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>. p. 215.

encarcerado, acompanhamento da parceira no parto, autorização de cirurgia de risco, nomeação como curador do parceiro declarado judicialmente incapaz, declaração conjunta de imposto de renda etc.¹⁴⁰

Para acabar com essa celeuma jurídica e com a insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, equiparar a união homoafetiva à união estável heterossexual, em julgamento realizado em maio de 2011¹⁴¹ ¹⁴². Esta decisão será objeto de estudo no capítulo que se segue.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que possui efeito vinculante ao Poder Judiciário e à Administração Pública, voltou a reinar a segurança jurídica em relação à garantia do tratamento igual entre as uniões estáveis homo e heteroafetivas. Por outro lado, surgiram os pedidos judiciais de conversão da união homoafetiva em casamento e pedidos de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Neste ponto, ainda não há segurança jurídica, pois alguns juízes concedem o pedido enquanto outros o negam. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça autorizou a habilitação para casamento de duas mulheres¹⁴³. Mas, ainda não houve pacificação, pois a Terceira Turma do STJ ainda não se pronunciou sobre o assunto.

¹³⁹ RODRIGUES, Julian. *Direitos humanos e diversidade sexual: Uma agenda em construção*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p.25.

¹⁴⁰ VARGAS, Fábio de Oliveira. *União Homoafetiva: Direitos Sucessórios e Novos Direitos*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011. p. 98-99.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

¹⁴² *Idem*. Plenário. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

¹⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. *REsp nº 1183378*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 fev. 2012.

3. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

3.1. A decisão do Supremo Tribunal Federal

Entre os dias 4 e 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal fez um julgamento histórico, quando, por unanimidade, equiparou a união homoafetiva à união estável heterossexual. A decisão foi tomada no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/09¹⁴⁴, movida pela Procuradoria Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/08¹⁴⁵, movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O objeto do julgamento, isto é, o pedido que foi julgado procedente, visava a conferir interpretação conforme da Constituição ao art. 1.723 do Código Civil para reconhecer a união homoafetiva como família. O artigo questionado reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, incompatível com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal achou por bem excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família¹⁴⁶. Assim, reconheceu a união homoafetiva segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva¹⁴⁷.

Alguns princípios constitucionais motivaram a decisão do Supremo Tribunal Federal, entre eles a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo e da orientação sexual, a proibição do preconceito, o pluralismo, a liberdade para dispor da própria sexualidade, a autonomia da vontade, o direito à intimidade e à vida privada, a igualdade, a legalidade, a dignidade da pessoa humana, o direito à autoestima e à busca da felicidade, todos direitos fundamentais com *status* de cláusula pétrea¹⁴⁸.

Considerando os avanços do conceito de família demonstrados no primeiro capítulo desta monografia, tanto no plano dos costumes, quanto no plano jurídico, o Supremo Tribunal Federal considerou incoerente com o texto da Constituição qualquer interpretação no

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

¹⁴⁵ *Idem*. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

¹⁴⁶ *Idem*. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

sentido de limitar a formação da família a casais heteroafetivos¹⁴⁹. O tribunal considerou que o direito subjetivo de constituir família só pode ser garantido com a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos¹⁵⁰.

A decisão do STF também foi fundamentada na inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos e na aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, pelo qual outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

O certo é que a Constituição protege a família, que abrange expressamente o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental e o Código Civil, no art. 1.723, regulamenta a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Este é o *status quo ante* da família. O Supremo Tribunal Federal interpretou a Constituição para aumentar sua abrangência, no sentido de incluir no conceito de família a união homoafetiva, equiparada à união estável entre o homem e a mulher.

Nos itens seguintes, será feita uma análise jurídica da decisão e dos seus fundamentos e, em seguida, uma análise pela perspectiva do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

3.2. Análise jurídica

3.2.1. O ordenamento jurídico brasileiro

A norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Por norma fundamental se entende “aquela norma que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema”¹⁵¹. Portanto, a Constituição é a norma que dá validade às demais normas do ordenamento jurídico.

A Constituição não é apenas um amontoado de regras, mas um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

demais, o que traduz o princípio da unidade da Constituição¹⁵². Portanto, o art. 226 §3º da Constituição, segundo o qual, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, não pode ser interpretado isoladamente, mas em consonância com os demais princípios e regras da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, o pluralismo, a igualdade e a liberdade.

3.2.2. Estado Democrático de Direito

A Constituição define no seu primeiro artigo o Estado brasileiro como sendo um Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito, em seu sentido liberal, possui três características: submissão do império à Lei, divisão de poderes e enunciado e garantia dos direitos fundamentais¹⁵³. O Estado Democrático de Direito incorpora e supera o Estado de Direito e dele se extraem, entre outros, os seguintes princípios: separação de poderes, pluralismo político, isonomia, legalidade e dignidade da pessoa humana¹⁵⁴. “A tutela dos direitos fundamentais assume, no Estado Democrático de Direito, papel essencial, podendo-se afirmar que gravita em torno de si o interesse público”¹⁵⁵.

A democracia é bem caracterizada pela regra prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição, que expressa a origem do poder que colocou a Constituição no mais alto patamar do ordenamento jurídico, *in verbis*, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, na forma desta Constituição. Portanto, a Constituição surgiu do poder do povo, um poder soberano, autônomo, ilimitado e incondicionado, que a doutrina nomeia poder constituinte originário¹⁵⁶.

O preâmbulo da Constituição mostra claramente o objetivo da Assembleia Constituinte de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 619-660.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112-113.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

¹⁵⁵ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais: limites formais e materiais para a atuação jurisdicional. Que Direito é Este?* Faculdade de Direito Processus, v. 1. n. 1. Brasília, Processus, 2010. p. 78.

¹⁵⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112-113.

A democracia não se caracteriza somente pelo governo do povo, o governo da maioria, mas também pelo respeito à liberdade e à igualdade das minorias. A democracia é a forma constitucional de governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e igualdade, assegura às minorias no parlamento o direito de representação, fiscalização e crítica¹⁵⁷. E não há dúvida que os homoafetivos são uma minoria na população e no parlamento brasileiro.

Um desafio para promover a democracia é melhorar o acesso de grupos desfavorecidos e marginalizados a informações sobre direitos políticos, sociais e econômicos, bem como combater a exclusão por raça, cor, sexo ou situação social¹⁵⁸.

Nunca vivemos na história política brasileira um período maior que 50 anos de democracia. No que se refere à democracia, o Brasil é um país bebê, isto é, ainda está engatinhando.

A forma de governo brasileira é a República, prevista na Constituição, em que os representantes do povo são eleitos para mandatos periódicos, por sufrágio universal e voto direto, secreto, obrigatório e com valor igual para todos. Pelo sufrágio universal, todos os cidadãos, com exceção dos brasileiros menores de 16 anos ou conscritos e dos estrangeiros, têm direito à participação política pelo voto. Segundo José Afonso da Silva, “a universalidade do direito de sufrágio é um princípio basilar da democracia política”¹⁵⁹.

3.2.3. Dignidade da Pessoa Humana

Um dos fundamentos do Estado brasileiro, o principal deles, é a dignidade da pessoa humana. O valor da pessoa humana é o “valor-fonte de todos os valores”¹⁶⁰. A dignidade da pessoa humana é “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁶¹. Trata-se de um princípio “considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional¹⁶²” e que “é sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais”¹⁶³. Considerada “princípio-matriz de todos os

¹⁵⁷ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed., t. 1. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 129.

¹⁵⁸ FUNDAÇÃO Rosa Luxemburg Stiftung. *Solidariedade e cooperação internacional*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 10.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 350.

¹⁶⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 377.

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 105.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 173.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 174.

direitos fundamentais”¹⁶⁴, a dignidade da pessoa humana é pressuposto e também objetivo a ser atingido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em cujo preâmbulo a reconhece como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

As regras constitucionais não são nem podem se tornar meros enunciados formais. A Constituição determina, em seus artigos 170, 193 e 205, que uma das finalidades da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna, entre os objetivos da ordem social estão o bem-estar e a justiça sociais e a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao seu preparo para o exercício da cidadania. Todas essas determinações constitucionais possuem eficácia normativa suficiente para demonstrar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado deve garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Dessas realizações de vida não podem ser excluídas a realização sexual e afetiva. Portanto, se uma pessoa cuja sexualidade se orienta para a homossexualidade, sua busca da felicidade não será realizada em uma relação afetiva heterossexual, ou seja, somente numa relação homoafetiva poderá ser alcançada sua realização sexual e afetiva. Portanto, fica clara que o desprezo às uniões homoafetivas afrontam a dignidade dos indivíduos homossexuais. O jurista alemão Ernst Benda ilustra o tema:

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo¹⁶⁵. (tradução livre do espanhol)

A pessoa humana necessita do reconhecimento de seu valor para que possa desenvolver livremente sua personalidade. O não reconhecimento da união homoafetiva simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social, o que uma violação de uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana, o direito ao reconhecimento¹⁶⁶.

¹⁶⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 675.

¹⁶⁵ BENDA, Ernst et al. *Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In _____. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125.

3.2.4. Pluralismo

O pluralismo político é outro fundamento do Estado brasileiro, previsto no art. 1 da Constituição da República. Entretanto, o adjetivo político não restringe o pluralismo aos aspectos políticos ou ideológicos, mas abrange “o direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras”¹⁶⁷. O Brasil é um país de enormes dimensões e de origem cultural muito diversificada e não poderia ser um Estado cujo direito não possibilitasse ao indivíduo ser livre para se autodeterminar sem a intromissão do Estado ou de particulares.

O conceito de pluralismo se aproxima da ideia de tolerância, “a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou de perseguição pelo simples fato de ser diferente”¹⁶⁸. Do pluralismo se infere a proibição de preconceito e discriminação da pessoa por motivo de sexo ou orientação sexual. O pluralismo está totalmente coerente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos, sem preconceitos.

Na Constituição o pluralismo se vê garantido em diversas ocasiões, como a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), de consciência, de crença e de convicção filosófica e política (art. 5º, VI e VIII), reunião (art. 5º, XVI) e de associação (art. 5º, XVII), o pluralismo político (art. 1º), o pluripartidarismo (art. 17), o pluralismo das candidaturas e dos parlamentares (art. 27, art. 29, IV, art. 45, §1º e 2º, art. 46, §1º), o pluralismo econômico, representado pela livre iniciativa (art. 1º IV) e livre concorrência (art. 170, IV), o pluralismo de ideias, de concepções e de instituições de ensino (art. 206, III) e o pluralismo de meios de comunicação social (art. 220, §5º).

O pluralismo é também patente no que se refere às entidades familiares, com o tradicional casamento, a união estável (heteroafetiva) e a família monoparental, todos previstos na Constituição, art. 226, *caput*, e parágrafos.

Da pesquisa sobre diversidade sexual da Fundação Perseu Abramo, fica evidente o pluralismo também no que tange à orientação sexual, pela heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade, e à identidade sexual, pelas variantes transexualidade e travestismo. Esse pluralismo não é exposto na Constituição, mas simplesmente existe na

¹⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 619-660.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 179.

sociedade e não pode ser ignorado. Portanto, tolher a vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo contraria flagrantemente o princípio do pluralismo.

3.2.5. Igualdade

A Constituição da República, já no preâmbulo promove a igualdade a valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Em seguida, estabelece no art. 3º, IV que promover o bem de todos, se preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Por fim, no *caput* do art. 5º, introduz o título dos direitos e garantias fundamentais com a declaração de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, com a garantia da inviolabilidade, entre outras, do direito à igualdade.

Fica clara a importância do princípio da isonomia ou igualdade no ordenamento jurídico brasileiro. A igualdade é um princípio com *status* de “signo fundamental da democracia”¹⁶⁹ e o seu reconhecimento tem grande importância de forma que “em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie”¹⁷⁰. A igualdade é mais que um princípio, pois é também “pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”¹⁷¹.

Primeiramente faz-se necessário diferenciar a igualdade material e igualdade formal. Quando a constituição declara que todos são iguais perante a lei, o enunciado “na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”. Entretanto, apesar da aparente igualdade formal alcançada, não é essa a finalidade do princípio constitucional. Em busca de uma igualdade substancial, “a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”¹⁷². Para alcançar a igualdade real de oportunidades e remover os obstáculos impeditivos da igualdade, as leis devem ter uma forma adequada de comparação, não devem ser discriminatórias, devem ser eficientes e devem garantir igualdade no acesso¹⁷³.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 211.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 212-213.

¹⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118.

¹⁷² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 679.

¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 522.

A Constituição não proibiu, em momento algum, a formação de família entre casais do mesmo sexo. Entretanto, a mera ausência de vedações legais à homossexualidade ou às uniões entre casais do mesmo sexo pode dar a falsa conclusão de respeito ao princípio da igualdade. O princípio da igualdade abrange também a igualdade entre os casais heterossexuais e homossexuais. Por conseguinte, a lei deve tratar com isonomia as uniões heteroafetivas e homoafetivas. Interpretar a lei de forma a excluir as uniões homossexuais da proteção constitucional dada à família não pode prevalecer diante do princípio da igualdade.

Mas dessa forma, a igualdade material não se realiza, pois os homossexuais só poderão realizar o seu projeto de vida familiar com o reconhecimento da sua união afetiva como entidade familiar.

A diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento¹⁷⁴.

O preconceito e a discriminação por orientação sexual é uma notória violação à igualdade, assim como o desprezo pelas uniões entre pessoas do mesmo sexo é uma violação à proibição de discriminação. Portanto, tendo em vista que os homossexuais são uma minoria da população, e vivem em situação vulnerável, é dever do Estado promover a igualdade de tratamento entre os indivíduos, independente da orientação sexual.

3.2.6. Legalidade e liberdade

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esta é a literalidade do art. 5º, II, da Constituição da República. Essa regra traz à tona o princípio da legalidade. Observe que só a lei poderá obrigar alguém a agir ou deixar

de agir. É uma reserva de poder à lei. Não pode o Estado interferir na vida particular, nas relações particulares, a não ser por determinação legal.

De outro lado, a mesma regra mostra também o princípio da liberdade, haja vista que o indivíduo tem a liberdade de agir, de fazer o que bem entender, salvo se uma lei o proibir. Por outro lado, o indivíduo tem a liberdade de não fazer tudo que a lei não o ordenar. A análise do art. 5º, II, da Constituição, revela duas dimensões, uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade e outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é a liberdade de ação¹⁷⁵.

Nesse ponto, não há lei que determine ou proíba certa orientação sexual ou alguma forma de afetividade. Logo, decorre dos princípios da legalidade e da liberdade o direito à dispor da própria sexualidade, isto é, a liberdade sexual. O direito de constituir família também não pode ser restringido senão por alguma norma que a proibisse. Se não há norma que proíba a união entre pessoas do mesmo sexo, fere o princípio da liberdade o não reconhecimento como família. Portanto, diferenciar uma união afetiva por motivo da orientação sexual não coaduna com o princípio da liberdade sexual, afetiva e de constituir família.

3.2.7. Intimidade e vida privada

O princípio da liberdade fundamenta o direito à intimidade e o princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada. A teoria das esferas, de Lorenzetti, é uma solução para a colisão entre o público e o privado, e estabelece um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais, as regras institucionais, princípios, valores e garantias¹⁷⁶. Nessa teoria, há três esferas: a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social.

“A esfera íntima é o âmbito absolutamente intangível de proteção da vida privada. O indivíduo não influi com seu comportamento sobre os demais, não afeta a esfera dos outros indivíduos ou da comunidade”¹⁷⁷. É justamente na esfera íntima que se encontra o direito à intimidade, cuja inviolabilidade é garantida pela Constituição da República, em seu art. 5º, X. O direito à intimidade inclui a proteção à crença religiosa, às ideias políticas, aos

¹⁷⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 236.

¹⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 463.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 463.

sentimentos, inclusive a afetividade, e à conduta sexual, da qual não pode se omitir, a orientação sexual. Portanto, não pode o Estado ou os demais indivíduos interferirem na esfera íntima ou na intimidade do indivíduo.

A esfera privada “está integrada por aquele âmbito que, sendo individual, repercute sobre os demais, tendo alguma influência”¹⁷⁸. É a esfera que rege a regra do direito recíproco¹⁷⁹. Nessa esfera, é exigível o gozo dos direitos com o respeito aos direitos dos demais indivíduos. As relações jurídicas na esfera privada tem como limite o respeito à esfera íntima dos demais¹⁸⁰ ou por razões de interesse público¹⁸¹, isto é, os direitos da esfera privada são garantidos desde que não ultrapassem o limite do respeito aos direitos da esfera íntima de outrem. Nesse contexto, a Constituição garante a inviolabilidade da vida privada no art. 5º X. Também são direitos inscritos na esfera privada a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de informação, a igualdade diante da lei, o tratamento não discriminatório, entre outros direitos.

A última esfera da dita teoria é a esfera social, que “compreende aqueles atos que realiza o indivíduo situado na ação coletiva”¹⁸². No caso do âmbito coletivo, a proteção dos bens públicos tem prioridade sobre a proteção do indivíduo.

A união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, ao ser analisada sob a teoria das esferas, pode ser considerada por vários ângulos. Primeiramente, a convivência homossexual no âmbito do lar é uma conduta privada, que pertence à esfera íntima, pois não influencia os demais indivíduos. Portanto, não admite intromissões do Estado ou de outros indivíduos.

Por outro lado, a união homoafetiva analisada como uma entidade familiar não se situa na esfera íntima, mas na esfera privada, pois tem repercussões sobre os demais indivíduos, haja vista as leis que preveem o direito sucessório, benefícios previdenciários, benefícios tributários, entre outros. Ainda assim, as pessoas que vivem em união homoafetiva devem ser respeitadas e observadas pelo ângulo da liberdade, da autonomia, da igualdade. A autonomia na esfera privada, em relação às questões extrapatrimoniais, individualismo se afirma contra toda forma de limitação¹⁸³. Desta forma, a discriminação e o não

¹⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 463.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 463.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 506.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 509.

¹⁸² *Ibidem*, p. 465.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 502.

reconhecimento da união homoafetiva causa dano extremo ao direito à liberdade, autonomia e a igualdade das pessoas que vivem nessas circunstâncias.

3.2.8. O direito de constituir família

Em 2006, foi realizada na Indonésia conferência, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, que resultou na elaboração de uma carta de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, denominada Princípios de Yogyakarta.

Um dos princípios de Yogyakarta é o direito de constituir família, o qual determina aos Estados o reconhecimento das diversas formas de família, inclusive a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros¹⁸⁴.

Os Princípios de Yogyakarta não tem força de aplicação obrigatória no Direito interno brasileiro, pois são apenas uma orientação aos Estados. Mas a Constituição não exclui da proteção dada aos direitos fundamentais expressos outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º §2º).

Apesar de os Princípios de Yogyakarta não serem um tratado internacional, o direito de constituir família decorre também dos demais princípios garantidos pela Constituição, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o pluralismo, a vedação à discriminação e ao preconceito, a busca da felicidade, entre outros, mas principalmente o direito à liberdade, pelo qual é permitido tudo aquilo que a lei não proíbe. O direito dos homossexuais de constituir família é diretamente decorrente da não proibição da homossexualidade e da não proibição das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo.. Portanto, é claramente possível considerar o direito de constituir família um direito fundamental com eficácia bastante para se exigir do Estado o reconhecimento das famílias formadas por uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

3.2.9. Direitos Fundamentais

A garantia dos direitos fundamentais é uma das características do Brasil como Estado Democrático de Direito. Nos tópicos anteriores, os direitos à dignidade da pessoa humana, ao pluralismo, à igualdade e à liberdade já foram exemplificados como direitos garantidos pelo ordenamento jurídico em vigor.

Os direitos fundamentais foram incorporados aos diversos ordenamentos jurídicos segundo uma evolução de seu conteúdo. Grande parte da doutrina, ao classificar dos direitos fundamentais pela sua evolução histórica, identifica três grandes gerações ou dimensões de direitos¹⁸⁵, mas há doutrinadores que identificam quatro gerações¹⁸⁶. É possível fazer uma analogia entre a máxima da Revolução Francesa “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” e as três primeiras gerações da evolução dos direitos fundamentais.

Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face de novas feições assumidas pelo poder¹⁸⁷.

Os direitos de primeira geração são marcados pelo direito à liberdade e demais direitos individuais, tendo o homem considerado individualmente. Trata-se da liberdade negativa, caracterizada pela imposição de “limites à atividade do Estado quando esta importa uma intromissão na vida dos indivíduos [...] em benefício da liberdade individual”¹⁸⁸. Esses direitos visam à “autonomia pessoal refratária às expansões do poder”¹⁸⁹ e “são considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista”¹⁹⁰. Os direitos de primeira geração no ordenamento jurídico brasileiro podem ser exemplificados pelo direito à vida, à intimidade, à vida privada, à integridade física, à propriedade, as liberdades públicas e individuais e os direitos políticos.

Os direitos de segunda geração são caracterizados pelo direito à igualdade e demais direitos sociais, sendo o homem considerado coletivamente. Tais direitos caracterizam

¹⁸⁴ PAINEL Internacional de especialistas em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de Gênero. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012. Princípio 24.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

¹⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 153.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 275.

¹⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 153.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 267.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 267.

“obrigações de fazer ou de dar, por parte do Estado”¹⁹¹ e visam a “estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos”¹⁹². Exemplificam os direitos de segunda geração ou sociais o direito ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, os direitos culturais e econômicos e as liberdades sociais.

Os direitos de terceira geração correspondem aos direito de solidariedade, sendo a humanidade considerada como um todo. São direitos concernentes à qualidade de vida¹⁹³ e decorrentes das profundas mudanças na comunidade internacional e ao crescente desenvolvimento tecnológico e científico¹⁹⁴. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração o direito ambiental, o direito do consumidor, o direito à liberdade informática, à preservação do patrimônio histórico e cultural e à qualidade de vida.

Os direitos de quarta geração, conforme Pedro Lenza, assemelham-se ao direito à existência humana¹⁹⁵. Para o autor, são os direitos que envolvem os avanços no campo da engenharia genética¹⁹⁶. Lorenzetti encara os direitos de quarta geração por outro ângulo, ao afirmar que são direitos elencados nas gerações anteriores, mas são direitos de minorias, que “surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro”¹⁹⁷. Para este jurista, esses direitos incluem o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos e levam à morte, resumindo, o direito a ser diferente¹⁹⁸. Sobre essa classificação Gilmar Mendes comenta que “pode ocorrer, ainda, que alguns chamados novos direitos sejam apenas os antigos adaptados às novas exigências do momento”¹⁹⁹.

Para assegurar a estabilidade dos direitos fundamentais, há a necessidade de garantir a segurança jurídica, que consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”²⁰⁰.

¹⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 153.

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

¹⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 154.

¹⁹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 670.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 670.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 670.

¹⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 154.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 154.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 268.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.433.

No período anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva, havia um clima extremo de insegurança jurídica, pois as pessoas que viviam em união homoafetiva, ao solicitar ao Poder Judiciário o reconhecimento de sua família, ou algum direito decorrente desse reconhecimento, não poderiam prever as consequências, haja vista a divergência entre as diversas decisões judiciais sobre o assunto.

3.2.10. Separação de poderes

O poder político ou poder estatal, conferido pelo povo ao Estado, é superior a todos os outros poderes da sociedade. Essa superioridade caracteriza a soberania externa, a independência em confronto com todos os poderes exteriores ao Estado, e a soberania interna, a supremacia sobre todos os poderes sociais interiores ao Estado²⁰¹. Com a finalidade de dar uma organização jurídica ao poder estatal, a Constituição tratou de dividi-lo em três poderes, independentes e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A separação de poderes foi uma teoria idealizada por Montesquieu no século XVIII, separando três funções essenciais do Estado que deveriam ser exercidas por pessoas diferentes, a partir da seguinte justificativa:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos²⁰².

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁰³, em 1789, o princípio da separação de poderes tornou-se cláusula obrigatória para todas as Constituições. O artigo 16º da Declaração afirma que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”²⁰⁴.

Pela separação de poderes, as funções estatais legislativa, executiva e jurisdicional são exercidas por Poderes diferentes, respectivamente, o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. A divisão de poderes se fundamenta na especialização funcional, em que cada Poder é especializado no exercício de uma função, e na independência orgânica, caracterizada pela ausência de subordinação entre os Poderes²⁰⁵.

²⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.107.

²⁰² MONTESQUIEU *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

²⁰³ ASSEMBLEIA Nacional Constituinte Francesa. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Acesso em: 25.ago.2012. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Op cit.* p.109.

“Além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também outras funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos)”²⁰⁶. A própria Constituição, ao organizar as atribuições de cada Poder, determina quando um Poder exercerá a função que é especialidade de outro Poder, o que caracteriza um “sistema de freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes”²⁰⁷.

3.2.11. Poder Judiciário

Na divisão de funções, o Poder Judiciário tem a função de compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Essa é a “função jurisdicional ou simplesmente jurisdição”²⁰⁸. Ao se analisar a origem etimológica da jurisdição, verifica-se que “deriva de *juris dictio*, que, na acepção literal, significa dizer o direito”²⁰⁹. “A finalidade da jurisdição é a aplicação do direito”²¹⁰.

A Constituição prevê que os juízes, membros do Poder Judiciário, ingressam na carreira por concurso público de provas e títulos (art. 93 I), ou seja, não são eleitos pelo voto direto, como os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, nem são indicados politicamente. Entretanto, essa regra tem exceções quando se trata das instâncias superiores.

Há a possibilidade de membros do Poder Judiciário ingressarem na Magistratura por indicação política, mas apenas nos órgãos colegiados, isto é, nos tribunais. A Constituição prevê que o presidente da República nomeará dentre integrantes das carreiras da Advocacia e do Ministério Público, um quinto dos membros dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça (art. 94) e um terço dos membros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104 II). O Supremo Tribunal Federal, a cúpula do Poder Judiciário, é composto na totalidade por membros indicados politicamente pelo Presidente da República, chefe do Poder Executivo, após aprovação pelo Senado Federal, uma das Casas do Poder Legislativo (art. 101 *caput* e parágrafo único da CF). No caso do Supremo Tribunal Federal, os seus membros podem ser oriundos de qualquer carreira, jurídica ou não, pública ou não, pois o único requisito, de ordem extremamente subjetiva, é o notável saber jurídico e a reputação ilibada.

²⁰⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.111.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.553.

²⁰⁹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51.

²¹⁰ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

Os membros do Poder Legislativo não podem ser destituídos de seus cargos, salvo excepcionalmente, pois possuem garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, previstas no art. 95 da Constituição Federal.

3.3. O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial

3.3.1. Supremacia da Constituição

A Constituição é a principal norma do ordenamento jurídico brasileiro, condição de validade de todas as demais normas jurídicas. É a “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”²¹¹, e “a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”²¹². Todas essas características são consequência do princípio da supremacia da Constituição, princípio pelo qual “qualquer ato jurídico, para ingressar ou permanecer, validamente no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição”²¹³.

3.3.2. Rigidez constitucional

A supremacia da Constituição decorre da rigidez constitucional, definida como a “maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”²¹⁴. Uma lei ordinária, para ser aprovada ou alterada exige aprovação em cada casa do Congresso Nacional por *quorum* de maioria simples, enquanto a Constituição, para ser alterada, exige aprovação em dois turnos por *quorum* qualificado de três quintos dos membros de cada casa do Congresso. Assim, fica evidente que a rigidez da Constituição brasileira.

Além de possuir um processo legislativo mais exigente para a alteração de suas normas, a Constituição prevê cláusulas pétreas, isto é, alguns princípios ou regras da Constituição que não podem ser abolidas, que são a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. A presença das cláusulas pétreas evidencia ainda mais a rigidez constitucional, que justifica a supremacia da Constituição.

²¹¹ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed., t. 1. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 90.

²¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.46.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

3.3.3. Jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional é uma das espécies da jurisdição, função constitucional do Poder Judiciário. Quando o objeto da jurisdição é a Constituição ou o Direito Constitucional, diz-se jurisdição constitucional²¹⁵.

O termo jurisdição constitucional exprime o objeto sobre o que incide o exercício da função jurisdicional em certos casos, quando se trata de contrastar a legitimidade das leis ou dos atos jurídicos em face da Constituição ou de compor um litígio que envolva a atuação de normas ou princípios constitucionais, particularmente aqueles que tutelam direitos fundamentais.²¹⁶

A jurisdição constitucional abrange o controle jurisdicional de constitucionalidade, o controle das liberdades e o controle político²¹⁷. O termo jurisdição constitucional considerado em sentido estrito refere-se apenas ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

3.3.4. Controle de Constitucionalidade

O princípio da supremacia da Constituição tornou necessária a criação de um processo de solução de conflitos entre uma norma jurídica que confronte a Constituição. Tal conflito consiste nas relações entre uma norma jurídica e a Constituição, que pode ser relação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Trata-se da “relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”²¹⁸. Portanto, entende-se que seria constitucional tudo aquilo que seja compatível com a Constituição e, inconstitucional o que for incompatível.

O conceito de jurisdição constitucional “prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais”²¹⁹. As relações de constitucionalidade e inconstitucionalidade dependem de uma análise por alguém ou por um órgão que tenha por atribuição a jurisdição constitucional. A caracterização da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de um ato do poder

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.45.

²¹⁵ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

²¹⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 54.

²¹⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Op. cit.* p. 88.

²¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983. p. 273-274.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (algumas observações para o Brasil). Estudos Avançados. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 128, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 10 set. 2012.

público decorre do controle de constitucionalidade, que é “a verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição”.

A Constituição, em seu art. 102, *caput*, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. No exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, dentre outras funções, exerce com exclusividade o controle de constitucionalidade concentrado e por via principal ou ação direta. Essa atribuição é expressa no art. 102, I, a, e §1º da Constituição.

No Brasil, o controle de constitucionalidade concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que tem nessa atividade a sua função principal, enquanto o controle de constitucionalidade difuso se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal²²⁰.

O controle de constitucionalidade por via principal ou ação direta é definido como o “controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si”²²¹. O controle de constitucionalidade por via incidental, de exceção ou defesa é aquele realizado na apreciação de casos concretos, como uma questão prejudicial²²².

Exemplo de controle concentrado por via principal é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser exemplo de controle concentrado por via incidental. Foi justamente no julgamento da ADPF 132/08 e da ADI 4277/09 que o STF proferiu a decisão de equiparação da união homoafetiva à união estável heterossexual.

A eficácia e o efeito da decisão em controle de constitucionalidade por via principal é definido pela Constituição. O art. 102, §2º, da CF reza que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI, em seu art. 27, determina que, em regra a eficácia da decisão será retroativa, salvo modulação dos efeitos por decisão de dois terços dos membros do STF.

²²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 47.

²²¹ *Ibidem*, p. 50.

²²² *Ibidem*, p. 49.

Portanto, a decisão do STF no julgamento da ADPF 132/08 e da ADI 4277/09, teve eficácia *erga omnes*, isto é, todos os juízes e tribunais do Poder Judiciário e órgãos do Poder Executivo e da Administração Pública estão abrangidos pela decisão. Além disso, o efeito vinculante da decisão impede que algum desses órgãos descumpra a decisão. Apenas o Poder Legislativo fica fora do alcance da decisão em sede de controle de constitucionalidade concentrado, pois pode elaborar e aprovar uma lei em sentido contrário à decisão, sem que isso seja considerado descumprimento da decisão judicial.

3.3.5. Judicialização

Após a promulgação da Constituição da República em 1988, que representou a redemocratização do Brasil, após um longo período de ditadura militar, houve um reavivamento da cidadania, caracterizada pelo aumento crescente da confiança da população nas instituições democráticas nesses 24 anos de Constituição. O Poder Judiciário tornou-se tão forte quanto os Poderes Executivo e Legislativo, principalmente pelas garantias constitucionais dos seus membros. O Ministério Público teve sua independência funcional afirmada e suas atribuições ampliadas e, ao mesmo tempo, a Defensoria Pública teve sua importância ressaltada. Todas essas mudanças trazidas pela Constituição somadas ao nível crescente de educação, informação e consciência dos brasileiros causaram um aumento na demanda por justiça, isto é, na busca da proteção de seus interesses perante o Poder Judiciário.

A Constituição brasileira traz de forma detalhada uma enorme lista de direitos e garantias fundamentais, muitos deles com plena eficácia independente da manifestação dos Poderes Executivo e Legislativo. Além disso, o controle de constitucionalidade brasileiro é extremamente abrangente. Todos esses fatores são causas de um fenômeno chamado Judicialização. “Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”²²³.

O Supremo Tribunal Federal não pode se negar a conhecer ou a pronunciar-se a respeito de um pedido que seja de sua competência e preencha os requisitos de cabimento, por causa do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Ao decidir, o STF deve analisar os princípios, regras e objetivos que a Constituição previu em seu texto. A judicialização não é uma opção do Supremo Tribunal Federal, mas consequência do modelo

²²³ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 332.

constitucional brasileiro. “A judicialização não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”²²⁴.

3.3.6. Neoconstitucionalismo

Desde a metade do século XX, aumenta a amplitude do fenômeno chamado de publicização do direito privado, batizado com a célebre frase “a revolta dos fatos contra o código”²²⁵, que consiste num “processo de intervenção estatal no âmbito legislativo, a fim de proteger a parte vulnerável nas relações jurídicas”²²⁶. A publicização do direito culminou, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na constitucionalização do Direito Civil²²⁷, caracterizado pela “interpretação da legislação infraconstitucional segundo os valores e os princípios constitucionais”²²⁸.

O suporte filosófico da constitucionalização do Direito é o pós-positivismo, iniciado nas últimas décadas do século XX. [...] Interpreta-o [o Direito] além da legalidade estrita e não despreza o Direito posto, fulcrando-se na teoria da justiça. [...] É um paradigma em construção e que atribui normatividade e superioridade aos princípios e aos valores. [...] Edifica o neoconstitucionalismo baseado na eficácia dos direitos fundamentais em que o objetivo maior é a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana²²⁹.

A primeira evidência desse fenômeno é que matérias atinentes à pessoa, à família e ao patrimônio, que constituem o conteúdo essencial do Direito Civil foram incorporadas à Constituição²³⁰. Consequência dessa constitucionalização é “a incidência direta e/ou imediata das regras, dos princípios e dos valores constitucionais sobre as normas de menor hierarquia que as tenham por objeto”²³¹, decorrente da força normativa conferida a esses princípios e valores²³².

²²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 334.

²²⁵ MORIN *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *A Constitucionalização do Direito Civil*. In: Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, sobre o tema *Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?* Brasília, 26-28 ago. 2004. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/55/32>>. Acesso em: 21 set. 2012.

²²⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a constitucionalização do direito civil. Que Direito é Este?* Faculdade de Direito Processus, v. 1. n. 1. Brasília, Processus, 2010. p. 123.

²²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. cit.*

²²⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras Complementares do Direito Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 27.

²²⁹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Op. cit.* p. 125.

²³⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. cit.*

²³¹ *Ibidem*.

²³² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Op. cit.* p. 125.

Após a Constituição de 1988, doutrinadores afirmam o surgimento de um Novo Direito Constitucional ou neoconstitucionalismo. Sarmento sintetiza alguns fenômenos que o caracterizam:

- a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e
- (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.²³³

Resultado do pensamento jurídico contemporâneo, o neoconstitucionalismo tem referencial nos direitos fundamentais e “desloca o eixo central do constitucionalismo – da organização e controle do poder estatal, [...] para um modelo que efetivamente prioriza a proteção do ser humano”²³⁴. Uma característica marcante dessa nova fase do constitucionalismo é o efeito de irradiação, pelo qual elaborar, interpretar e aplicar normas jurídicas tornam-se tarefas diretamente sujeitas à órbita de influência dos direitos fundamentais no sistema de regras positivas²³⁵.

Surge, nesse contexto, uma nova metodologia de interpretação do Direito, que tem origem na Constituição, e é regida por alguns princípios, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e formal e a proibição do retrocesso.²³⁶ A partir desse entendimento, Tepedino afirma que o Código Civil “é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional, entendimento extensível à legislação infraconstitucional”²³⁷.

No neoconstitucionalismo, a função do Estado se amplia. Pode-se dizer que “o Estado tem obrigação não apenas de respeitar os direitos fundamentais como, também, de

²³³ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 set. 2012.

²³⁴ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais: limites formais e materiais para a atuação jurisdicional*. In: *Que Direito é Este?* Faculdade de Direito Processus, v. 1. n. 1. Brasília, Processus, 2010. p. 74.

²³⁵ *Ibidem*, p. 75.

²³⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Op. cit.* p. 127.

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 70.

garanti-los”²³⁸. Nesse contexto, surge a teoria do mínimo existencial, que engloba um rol de direitos que seriam indispensáveis não somente à simples sobrevivência, mas à existência digna²³⁹.

O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando com o contexto social²⁴⁰.

3.3.7. Ativismo judicial

O ativismo judicial é um termo comumente confundido com a judicialização. Apesar da aparência, são termos distintos e com origens e causas diversas. O ativismo judicial consiste em “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”²⁴¹.

Para alguns doutrinadores, o ativismo judicial significa uma espécie de mau comportamento ou de má consciência do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito²⁴². Nesse sentido, Elival Ramos entende o ativismo judicial pelo exercício da função jurisdicional além dos limites do ordenamento jurídico²⁴³ e, para Saul Tourinho Leal, o ativismo judicial se aproxima da ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário²⁴⁴.

A diferença entre a judicialização e o ativismo judicial é que aquela decorre do modelo constitucional adotado, enquanto esta é uma atitude, uma escolha, um modo de agir do Poder Judiciário²⁴⁵.

²³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46-47.

²³⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 234.

²⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Tradução: Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217, jul./set. 1999. p. 32-33.

²⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 335.

²⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* In: V Congresso de Direito da FAETE, *Ativismo judiciário: um diálogo com o professor José de Albuquerque Rocha*. Teresina, 12-14 mai. 2010.

²⁴³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²⁴⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 24.

²⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 335.

O ativismo judicial é consequência do neoconstitucionalismo. Para Sarmento, “no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”²⁴⁶. O Estado torna-se “necessário não só como instância de concretização, mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem”²⁴⁷. A ampliação da função do Estado dá ensejo a uma conduta mais ativista do Poder Judiciário.

É importante registrar as condutas do Poder Judiciário que caracterizam o ativismo judicial:

- (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente disciplinadas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e
- (c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas²⁴⁸.

Enquanto o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a autocontenção judicial restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas e reduz a interferência do Poder Judiciário nas ações dos outros Poderes²⁴⁹, ou seja, a autocontenção é justamente o oposto do ativismo.

O sistema de governo adotado pelo Brasil, presidencialismo de coalizão, influencia o ativismo do Poder Judiciário. Enquanto, no parlamentarismo, quase não há tensões entre os Poderes Executivo e Legislativo, no presidencialismo, há duas vontades gerais em conflito, e essa tensão política cada vez mais aumenta o poder do Supremo Tribunal Federal. Streck explica melhor essa conclusão.

Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil²⁵⁰.

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 set. 2012.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Tradução: Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217, jul./set. 1999. p. 62.

²⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 335.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 336.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de Ouro”*. Consultor Jurídico, 12. Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 29 set. 2012.

Apesar da popularidade do Poder Executivo, a atual crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder legislativo abriu caminho ao Poder Judiciário rumo ao ativismo judicial, com decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral²⁵¹. “Nessa tela, o Judiciário aparece como um espaço aberto para manifestação democrática e reivindicação de direitos, servindo como canal de comunicação entre sociedade civil e poderes públicos”²⁵².

O movimento entre as duas posições do binômio ativismo-autocontenção varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes²⁵³.

Em países de baixa densidade democrática, como o Brasil, em que a consciência acerca da força política dos grupos sociais é muito branda, a direta relação entre esses atores e os Poderes políticos mostra-se difícil, o que coloca em destaque outros caminhos capazes de acolher reivindicações populares. Encontra-se em instituições como a imprensa um canal de expressão para os anseios sociais, sendo notório o destaque por esta atingido especialmente junto às camadas menos favorecidas. Já dentro da estrutura estatal, o Poder Judiciário, com progressivo relevo, vem assumindo a atribuição de porta-voz das mazelas humanas, sendo-lhe formuladas exigências e outorgadas tarefas que, tradicionalmente, nunca lhe disseram respeito²⁵⁴.

O Estado é “necessário não só como instância de concretização, mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem”. É nesse ponto que o Judiciário exerce sua função de forma mais ativista.

No contexto brasileiro, a jurisdição constitucional está prevista na Constituição. Portanto, não há como não exercê-la. Mas, a forma como ela será exercida é que determinará o maior ou menor grau de ativismo judicial, ou o ativismo será maior em umas áreas e menor em outras²⁵⁵.

O ativismo judicial está presente na escolha do juiz em julgar por princípios ou por políticas. Quando decide por princípios, o juiz reconhece a existência de um direito preexistente que está inscrito no contexto mais amplo da moralidade da comunidade política, enquanto quando decide por políticas, o juiz utiliza algum tipo de argumento que anuncia uma

²⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 337-338.

²⁵² SANTIAGO, Marcus Firmino. *Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais: limites formais e materiais para a atuação jurisdicional. Que Direito é Este?* Faculdade de Direito Processus, v. 1. n. 1. Brasília, Processus, 2010. p. 86.

²⁵³ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 337.

²⁵⁴ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Op. cit.* p. 76.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 set. 2012.

avaliação de resultados que podem trazer maior benefício para o bem-estar social²⁵⁶. Nesse dilema, ainda que o Supremo Tribunal Federal decida por princípios, é grande o risco de ser acusado de parcialidade, isto é, de julgar politicamente²⁵⁷.

O problema do ativismo judicial está em delimitar a fronteira entre a criação judicial do Direito conforme ou desconforme o princípio constitucional da separação de poderes²⁵⁸, isto é, “traçar a linha demarcatória entre a autoridade da lei e a liberdade da jurisprudência”²⁵⁹.

3.3.8. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem apreciado vários assuntos e decidido de forma que, há vinte anos, não seria admissível. Nos últimos anos, o STF fez alguns julgamentos sobre temas controversos, talvez polêmicos, que mostra o aumento do caráter ativista do tribunal e do Poder Judiciário. entre eles estão a garantia do direito de greve dos servidores públicos, com aplicação das normas previstas para os trabalhadores celetistas²⁶⁰²⁶¹²⁶², a edição de normas para o uso de algemas²⁶³, a liberação para pesquisa com células-tronco²⁶⁴, a demarcação da reserva indígenas Raposa Serra do Sol, em Roraima²⁶⁵ e o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar análoga à união estável heteroafetiva²⁶⁶²⁶⁷, objeto de análise desta monografia.

Apenas em 2011, o STF considerou constitucional o piso nacional para professores do ensino básico da rede pública²⁶⁸, manifestou pela constitucionalidade da “marcha da maconha”, nome dado às manifestações em favor da legalização da droga²⁶⁹²⁷⁰,

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de Ouro”*. Consultor Jurídico, 12. Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 29 set. 2012.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, 1993, *apud* COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo Judicial: o caso brasileiro*. Palestra proferida no Estado do Pará, 21 jun. 2010. Disponível em <www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>. Acesso em: 03 out. 2012. p. 3.

²⁵⁹ DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*, Bruxelas: Payot, vol.2, 1925, p. 123 e 125.

²⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Mandado de Injunção nº 670*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 dez. 2007.

²⁶¹ *Idem*. *Mandado de Injunção nº 708*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 dez. 2007.

²⁶² *Idem*. *Mandado de Injunção nº 712*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 dez. 2007.

²⁶³ *Idem*. *Súmula Vinculante nº 11*. Brasília, 13 ago. 2008. DJE 11 nov. 2008.

²⁶⁴ *Idem*. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 mai. 2008.

²⁶⁵ *Idem*. *Petição nº 3388*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2010.

²⁶⁶ *Idem*. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

²⁶⁷ *Idem*. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.

²⁶⁸ *Idem*. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 abr. 2011.

²⁶⁹ *Idem*. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187*. Relator: Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011.

declarou a constitucionalidade do Exame de Ordem como requisito para ingresso na advocacia²⁷¹, decidiu que a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 35/2010) não poderia ser aplicada às eleições de 2010²⁷², reconheceu a obrigatoriedade de a Administração Pública nomear candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concurso público²⁷³.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal o Ministério Público pode dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima, no âmbito da Lei Maria da Penha²⁷⁴. Também declarou a constitucionalidade das cotas raciais para ingresso no ensino superior²⁷⁵ e a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de fetos anencefálicos²⁷⁶.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 foi evidentemente ativista. O STF, para suprir uma omissão do Poder Legislativo e para garantir a eficácia dos direitos fundamentais das pessoas que vivem em união homossexual, expandiu a proteção do Estado à família à união homoafetiva. A conduta do Poder Judiciário foi exatamente ampliar a aplicação de uma regra prevista na Constituição, a proteção estatal da família, para abranger também uma situação que não é prevista expressamente, a união homoafetiva.

3.3.9. Legitimidade da jurisdição constitucional

As leis em vigor são previamente aprovadas pelo Poder Legislativo, pelas deliberações e votações nas duas casas do Congresso Nacional, e pelo Poder Executivo, pela sanção do Presidente da República. Nesses dois poderes, os membros são representantes do povo, eleitos pelo voto e escolhidos pela vontade popular. Nesse aspecto, teoricamente, as leis em vigor refletem a vontade da maioria da população.

Da mesma forma, as leis que não estão em vigor, ou seja, as leis que não foram elaboradas, possivelmente sejam decorrentes da opção da vontade dos representantes do povo, os quais exercem o poder em nome deste. Além disso, os membros do Poder Judiciário não são membros eleitos pela vontade popular.

²⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 23 nov. 2011.

²⁷¹ *Idem. Recurso Extraordinário nº 603583*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 dez. 2011.

²⁷² *Idem. Recurso Extraordinário nº 633703*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 mar. 2011.

²⁷³ *Idem. Recurso Extraordinário nº 598099*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 nov. 2011.

²⁷⁴ *Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 fev. 2012.

²⁷⁵ *Idem. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 168*. Relator: Ricardo Lewandowsky. Brasília, 26 abr. 2012.

²⁷⁶ *Idem. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012.

Daí, decorre que “o controle de constitucionalidade pressupõe, como regra, o caráter contramajoritário de suas decisões”²⁷⁷. A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como família foi certamente contramajoritária, isto é, contrária à vontade da maioria da população. É o que se conclui da pesquisa Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, da Fundação Perseu Abramo em conjunto com a Fundação Rosa Luxemburg Stiftung, em 2008, que mostra que a maioria da população é contra a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo.²⁷⁸ Outra pesquisa que confirmou esse resultado foi feita pelo IBOPE Inteligência, dois meses após a decisão do Supremo Tribunal Federal. Nesta pesquisa, 55% dos entrevistados se declararam contra a decisão que autorizou a união estável para casais do mesmo sexo²⁷⁹.

A discussão doutrinária sobre a legitimidade do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional pode ser resumida a duas teorias: o procedimentalismo e o substancialismo. Defensor da primeira corrente, Habermas defende que compete ao Tribunal Constitucional, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, fazer uma interpretação procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do Direito, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do Direito, deixando que os próprios cidadãos compreendam quais são os seus problemas e como devem enfrentá-los²⁸⁰. Por essa corrente, não caberia ao STF decidir sobre a validade das leis, nem determinar o comportamento do Executivo obrigando-lhe a adotar certas condutas, pois isso significaria uma deturpação do princípio da separação dos poderes e uma invasão do mundo da vida pelo Direito²⁸¹.

Por outro lado, o substancialismo, defendido por Capelletti, legitima a criação do Direito pelos juízes, desde que respeitados limites processuais e substanciais²⁸². É inevitável a atividade criativa do juiz, haja vista que toda interpretação tem uma dose intrínseca de criatividade²⁸³. Os limites substanciais são os princípios e valores que informam

²⁷⁷ LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A impopular função do controle de constitucionalidade*. 22 ago. 2012. Disponível em: < www.osconstitucionalistas.com.br/a-impopular-funcao-do-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em: 22 set. 2012.

²⁷⁸ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*: Intolerância e respeito às diferenças sexuais. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 214.

²⁷⁹ IBOPE Inteligência. *União estável entre homossexuais*. São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2012, p. 9.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 300-301.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 300-301.

²⁸² CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 19-27.

²⁸³ *Ibidem*, p. 19-27.

o ordenamento jurídico²⁸⁴ e os limites processuais são a imparcialidade e inércia do juiz e os princípios processuais da legítima defesa, contraditório e devido processo legal²⁸⁵.

No debate entre as teorias procedimentalista e substancialista, “não há dúvida de que a mais identificada ao neoconstitucionalismo é a substancialista, que compartilha com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais”²⁸⁶.

3.3.10. O poder da última palavra

Atualmente, o poder da última palavra no âmbito da jurisdição constitucional é do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a conduta cada vez mais ativa do tribunal tem gerado um desconforto no Poder Legislativo, que, por vezes, considera usurpado o seu poder de legislar.

Sobre esse tema, tramitam na Câmara dos Deputados duas Propostas de Emenda à Constituição^{287 288} que retiram do Supremo Tribunal Federal o poder da última palavra em sede de controle de constitucionalidade, passando-a ao Congresso Nacional. Entre as atribuições acrescentadas ao Congresso Nacional, as propostas preveem a sustação dos atos normativos do Poder Judiciário que exorbitem o poder regulamentar, e o veto às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e às decisões deste tribunal que declararem a inconstitucionalidade de lei.

Por outro lado, apesar da expressão última palavra dar a ideia de definitividade, as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concentrado, que possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não vinculam o Poder Legislativo, que podem editar nova lei ou emenda à Constituição em sentido diverso. O certo é que o tema é complexo e de grande importância para o Direito Constitucional, de forma que e não poderia deixar de ser mencionado, ainda que superficialmente.

²⁸⁴ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 24.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 74-80.

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 set. 2012.

²⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda à Constituição nº 3 de 2011*. Brasília: 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 30 set. 2012.

²⁸⁸ *Idem*. *Projeto de Emenda à Constituição nº 33 de 2011*. Brasília: 25 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 30 set. 2012.

3.3.11. Direitos das minorias

Haja vista que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, há e sempre haverá conflitos entre o governo da maioria e os direitos fundamentais. De um lado, a Constituição estabelece as regras do jogo democrático, assegurando a participação ampla, o governo da maioria e a alternância no poder, mas também assegura a proteção a valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria²⁸⁹.

Augusto de Franco explica que “a democracia não é o regime da maioria, mas o regime das múltiplas minorias”²⁹⁰. Nesse sentido, não há coerência entre a democracia e o domínio do mais forte, entendido como mais forte aquele que tem a maioria dos votos. Consequência direta da democracia é que “a liberdade e os direitos das minorias devem estar protegidos de eventuais humores autocráticos (violadores da liberdade) da maioria”²⁹¹. No mesmo sentido, defende Pinto Ferreira:

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia²⁹².

Portanto é o caso de se garantir às minorias, como é o caso dos homossexuais, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, o direito à felicidade e o direito de constituir família, entre outros direitos fundamentais.

A pesquisa da Fundação Perseu Abramo demonstra que a população é pouco tolerante às ideias e à liberdade de expressão das minorias, inclusive em relação aos homoafetivos. Dos entrevistados, 19% concordaram que os grupos que defendem a legalização da união conjugal entre pessoas do mesmo sexo deveriam obedecer a vontade da maioria, deixando de lado as suas ideias, enquanto 54% aceitaram que eles podem ter as suas ideias, desde que não tentem convencer os demais²⁹³. Em uma pergunta direta, 49% afirmaram ser contra a legalização da união conjugal entre pessoas do mesmo sexo, enquanto

²⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 340.

²⁹⁰ FRANCO, Augusto de. *Democracia: um programa autodidático de aprendizagem*. São Paulo: 2010. p. 128.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 130.

²⁹² FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed., t. 1. São Paulo: RT, 1971. p. 195-196.

²⁹³ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 213.

42% afirmaram ser a favor²⁹⁴. Em outras palavras, a maioria da população brasileira é contra a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda assim, não poderia, sob proteção de uma falsa democracia, aparente protegida, a maioria heterossexual privar a minoria homossexual de direitos essenciais a uma existência digna. A democracia, às vezes, é contramajoritária.

3.4. Considerações Finais

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações ADPF 132 e ADI 4277, teve pela frente um pedido, cujo objeto pode ser didaticamente reduzido ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável heteroafetiva. Nesse ponto há duas relevantes questões: as pessoas homossexuais possuem direito ao reconhecimento das suas uniões afetivas? E o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente e legítimo para ampliar o reconhecimento de família aos casais homossexuais?

Ao se fazer uma análise dos princípios, valores e regras da Constituição respeitando o princípio da unidade da Constituição e orbitando no princípio da dignidade da pessoa humana, fica evidente que o não reconhecimento da união afetiva homossexual não é coerente com os princípios da igualdade, isonomia, vedação à discriminação e ao preconceito em razão do sexo ou da orientação sexual, à liberdade para dispor da própria sexualidade, o direito de constituir família e o direito à busca da autoestima e da felicidade.

Assim, todos esses princípios analisados no contexto de um Estado Democrático de Direito em que a Constituição é soberana e escolheu a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, não podem permitir a interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional para excluir o reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Portanto, é um direito fundamental da população homossexual o reconhecimento família entre pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, considerando a evolução do pensamento jurídico resultante do pós-positivismo, e da redemocratização do Brasil, houve muitas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito às funções institucionais dos poderes da república. A Constituição da República aderiu ao neoconstitucionalismo, com a constitucionalização do direito, a irradiação dos princípios e valores constitucionais para

²⁹⁴ SÍNTESE da Pesquisa. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 214.

todo o ordenamento jurídico, o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais.

Tais mudanças aumentaram a demanda por justiça no Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal que é o responsável pela jurisdição constitucional e pelo controle de constitucionalidade concentrado. Muitas questões antes decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo passaram a ser levadas ao Supremo Tribunal Federal, num fenômeno chamado de judicialização. A adoção da teoria substancialista da legitimidade do Poder Judiciário levou a uma tendência ativista do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial, alvo de muitas críticas no mundo jurídico, não é capaz, por si só, de tirar a legitimidade da ação do Supremo Tribunal Federal, quando defende direitos de minorias como os homossexuais. Considerando a democracia como o regime das múltiplas minorias, e o caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade, não poderia o Supremo Tribunal Federal, ao receber um pedido do reconhecimento do direito fundamental de uma minoria, deixar de exercer sua atribuição para evitar ser acusado de um Tribunal político ou ativista.

O Supremo Tribunal Federal recebeu um pedido de reconhecimento da união homoafetiva como família, um direito fundamental de uma clara minoria da população brasileira, que são os homossexuais. Não há dúvida de que o STF agiu de maneira claramente ativista, pois ampliou as espécies de família, com a inclusão de uma espécie não prevista de forma expressa na Constituição, sem a manifestação do Poder legislativo. Conquanto seja acusado de ativista, o ativismo judicial exercido de forma moderada e equilibrada não retira a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição, principalmente quando se trata de direitos das minorias.

CONCLUSÃO

A família é um instituto que evoluiu desde a antiguidade até os dias atuais, e permanece em constante evolução, juntamente com os costumes sociais e religiosos. Historicamente, no Brasil, a família era informal, até que a Igreja Católica instituiu o casamento como a única forma de família, excluindo assim, as uniões afetivas informais do âmbito da família.

A família patriarcal, centrada no homem como chefe de família, foi perdendo força com a possibilidade de dissolução do casamento, primeiramente com o desquite e por último, com o divórcio, que permitia novo casamento. A Constituição da República de 1988 acabou de vez com a hierarquia patriarcal, instituindo a igualdade entre os cônjuges.

A Constituição de 1988 ampliou a proteção conferida pelo Estado à família e alargou o seu conceito ao romper a sua identidade com o casamento. A Constituição reconheceu como família, além do casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental.

O afeto ganhou status no âmbito da família com o reconhecimento da união estável, que sempre teve o afeto como principal base, e a com possibilidade de dissolução de uma família e a formação de outra nova.

Dentre os diversos conceitos de família, que varia conforme a sociedade e a época, o mais coerente com a realidade atual foi o descrito pela Lei Maria da Penha, para fins de proteção à violência doméstica e familiar contra a mulher. A família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, independente de orientação sexual.

Apesar da evidente finalidade de expandir a proteção à família, a Constituição não deixou expressa a proteção à família formada pela união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, a união homoafetiva. A Constituição estabeleceu um rol de entidades familiares, no qual a união homoafetiva ficou de fora.

A homossexualidade, afeto ou atração sexual entre pessoas do mesmo sexo, é uma questão que está presente na humanidade desde a antiguidade, e está presente também no mundo animal. O certo é que não há consenso entre as causas da homossexualidade, atribuídas pelos estudiosos a fatores genéticos e ambientais.

A homossexualidade, a depender da sociedade, já foi considerada pecado, crime e doença. No mundo, o tratamento conferido à homossexualidade varia da penalização à proteção, mas a maioria dos países não a proíbem, mas também não a protege. O Brasil ainda está neste último bloco, mas caminha lentamente rumo à assimilação da homossexualidade.

Os homossexuais são uma minoria da população brasileira e são oprimidos pelas regras da maioria heterossexual, a denominada heteronormatividade, que determina a heterossexualidade compulsória, isto é, que a orientação sexual correta e permitida é a heterossexualidade. Uma união afetiva pública, contínua, duradoura e com a intenção de constituir família entre heterossexuais é reconhecida como família, enquanto união entre pessoas homossexuais, nas mesmas condições não é reconhecida. É evidente a dominação da minoria homossexual pela maioria heterossexual, o que não condiz com os direitos das minorias garantidos por uma democracia, regime não da maioria, mas das múltiplas minorias.

A homofobia é uma violência psicológica, moral, verbal, física ou sexual, que inclui a discriminação, o desprezo, a humilhação e o constrangimento por motivo de orientação sexual. A homofobia é semelhante a outras formas de discriminação e de opressão como a xenofobia, o racismo, o sexismo e o machismo. A homofobia obriga muitos homossexuais a serem invisíveis, sem assumirem sua condição de homossexuais, obrigados a viverem uma dupla personalidade, uma privada e outra pública.

O medo causado pela homofobia e pelo desprezo decorrente da falta de proteção do Estado e do impedimento de constituir família são sentimentos que impedem aos homossexuais uma vida com dignidade, segurança e a possibilidade de alcançar a felicidade. A intolerância aos homossexuais, que caracteriza a homofobia, contradiz o princípio do pluralismo. O tratamento desigual conferido aos casais por motivo de orientação sexual e o não reconhecimento da união homoafetiva como família são totalmente discrepantes com o princípio da igualdade.

A Constituição da República de 1988 representou ao ordenamento jurídico brasileiro a redemocratização do Brasil e a evolução do pensamento jurídico decorrente do neoconstitucionalismo. A Constituição trouxe para si a proteção aos direitos fundamentais e lhes deu eficácia normativa que irradia para todo o ordenamento jurídico.

Pelo princípio da unidade da Constituição, a proteção à família não pode ser analisada separadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo e da igualdade, pois a finalidade é a mesma: promover o bem de todos, sem preconceitos.

Não pode ter coerência com a Constituição qualquer interpretação que viole a proibição ao preconceito e à discriminação contra os homossexuais, a igualdade entre heterossexuais e homossexuais e a liberdade para fazer o que a lei não proíbe, inclusive a disposição da própria sexualidade e a constituição de família por homossexuais.

A falta de proteção à família homoafetiva está totalmente incoerente com os demais princípios e valores constitucionais. Decorre do exposto que os homossexuais possuem direito ao reconhecimento de suas uniões afetivas como família.

A Constituição conferiu ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, a função de exercer a jurisdição constitucional e dar a última palavra no controle de constitucionalidade concentrado. No julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar análoga à união estável heterossexual.

Houve o questionamento da competência e da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para ampliar as entidades familiares previstas na Constituição, numa evidente conduta ativista, principalmente por ser uma decisão contrária à vontade da maioria da população.

O Congresso Nacional teve a oportunidade de apreciar o tema em muitas oportunidades, mas se calou. O Poder Executivo pouco fez em favor dos homossexuais. O Poder Judiciário, em decisões isoladas que não garantiam a segurança jurídica, concedeu aos homossexuais o direito ao reconhecimento de suas uniões afetivas como família, que culminou na decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

O ativismo judicial, cada vez mais presente nas decisões do Poder Judiciário, é consequência do neoconstitucionalismo, que, incorporado pela Constituição de 1988, trouxe ao Direito brasileiro a constitucionalização do Direito, a judicialização e a força normativa dos princípios constitucionais. Desde que utilizado com moderação e equilíbrio, o ativismo judicial pode ser a solução para garantir o mínimo existencial a minorias em caso de falha dos demais Poderes, com a relativização do princípio da separação de Poderes.

Portanto, a análise jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva conclui pela coerência com a Constituição e com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro por garantir o direito dos homossexuais de constituir família e por ser o tribunal, ainda que claramente ativista, o órgão competente e legítimo para ampliar a proteção do Estado à família para incluir uma entidade familiar não prevista na Constituição, a união homoafetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACTIONAID. *Crimes motivados pelo preconceito: aumento de ocorrências de estupro “corretivo” na África do Sul*. 2009. Disponível em: <http://www.actionaid.org.br/Portals/0/Docs/estuproCorretivo_2009.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2012.
- ALAGOAS (Estado). *Constituição do Estado de Alagoas: Emenda Constitucional nº 23/2001*. D.O.E., 20.09.2001. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/constituicao-estadual/emendas-constitucionais/emenda-constitucional-23/at_download/file>. Acesso em: 05 mai. 2012.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Tradução: Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217, jul./set. 1999.
- APA Task Force. *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*. Washington: American Psychological Association, 2009. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2012. 130p.
- ARMÁRIOX. *As religiões e o homossexualismo*. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/conteudos/religoes.php>>. Acesso em: 10 abr. 2012.
- ASAMBLEA General de las Naciones Unidas. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Santiago, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Leyes-y-pr%C3%A1cticas-discriminatorias-y-actos-de-violencia.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012. 27p.
- ASSEMBLEIA Nacional Constituinte Francesa. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012.
- BAILEY, Nathan W.; ZUK, Marlene. Same-sex sexual behavior and evolution. *Trends in Ecology and Evolution*, Califórnia, v. 24, n. 8, p. 439-446, jun. 2009. Disponível em <http://www.thestranger.com/images/blogimages/2009/09/14/1252958575-evolution_of_homosexuality.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2009. 388p.
- BENDA, Ernst *et al.* Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad. In _____. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações para o Brasil). *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 10 set. 2012.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Substitutivo ao Projeto de Lei nº 674, de 2007*. Brasília: 15 dez. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8F7AB69C5D48EE0943171223735EBF7A.node1?codteor=830734&filename=Parecer-CCJC-15-12-2010>. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. _____. *Projeto de Emenda à Constituição nº 3 de 2011*. Autoria: Nazareno Fonteles. Brasília: 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 30 set. 2012.

- _____. _____. *Projeto de Emenda à Constituição nº 33 de 2011*. Autoria: Nazareno Fonteles. Brasília: 25 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 30 set. 2012.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 1151, de 1995*. Autoria: Marta Suplicy. Diário da Câmara dos Deputados, 21 nov. 1995. p. 5827-5829. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21NOV1995.pdf#page=41>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 5003, de 2001*. Autoria: Iara Bernardi. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5003&intAnoProp=2001&intParteProp=1>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. D.O.U., 24 fev. 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, 24 jan. 1967. D.O.U., 20 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. D.O.U., 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. D.O.U., 25 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. *Decreto nº 1.904*. Brasília, 13 mai. 1996. D.O.U. 14 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.
- _____. *Decreto nº 4.229*. Brasília, 13 mai. 2002. D.O.U. 14 mai. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm>. Acesso em: 17 ago. 2012.
- _____. *Decreto nº 7.037*. Brasília, 21 dez. 2009. D.O.U. 22 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 18 ago. 2012.
- _____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 out. 1969*. D.O.U., 30 out. 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. Instituto Nacional do Seguro Social. *Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 07 de junho de 2000*. D.O.U. 08 jun. 2000. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2012.
- _____. *Lei nº 3.071, de 01 jan. 1916*. D.O.U. 05 jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 set. 2012.
- _____. *Lei nº 6.515, de 16 dez. 1977*. D.O.U. 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 17 set. 2012.
- _____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Curso Segurança Pública sem Homofobia*. Atual. 18 set. 2009. 116 p.
- _____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual*. Brasília, Ministério da Saúde, 2004.

- _____. Presidência da República. *Projeto Nacional de Direitos Humanos (PNDH)*. Disponível em <http://unesp.br/observatorio_ses//mostra_arq_multi.php?arquivo=1684>. Acesso em: 17 ago. 2012. 25p.
- _____. _____. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II)*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndhII/Texto%20Integral%20PNDH%20II.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2012. 50p.
- _____. _____. Secretaria de Direitos Humanos. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH III)*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2012. 228 p.
- _____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, de 12 dez. 2006*. Autoria: Iara Bernardi. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 18 set. 2012.
- _____. _____. *Projeto de Lei do Senado nº 612/2011, de 29 set. 2011*. Autoria: Marta Suplicy. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102589>. Acesso em: 18 set. 2012.
- BURRI, Andrea; CHERKAS, Lynn; SPECTOR, Timothy; RAHMAN, Qazi. Genetic and Environmental Influences on Female Sexual Orientation, Childhood Gender Typicality and Adult Gender Identity. *PLoS ONE*, California, v. 6, n. 7, 8p., jul. 2011. Disponível em: <<http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0021982>>. Acesso em: 30 mar. 2012.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003. 236p.
- CECCARELLI, Paulo Roberto. *A invenção da homossexualidade*. Bahia: Grupo Gay da Bahia, 2011. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/Paulo%20Roberto%20Ceccarelli%20-%20A%20invencao%20da%20homossexualidade.html>>. Acesso em: 04 mai 2012.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *A Constitucionalização do Direito Civil*. In: Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, *Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?* Brasília, 26-28 ago. 2004. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/55/32>>. Acesso em: 21 set. 2012.
- _____. *Ativismo Judicial: o caso brasileiro*. Palestra proferida no Estado do Pará, 21 jun. 2010. 14p. Disponível em <www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>. Acesso em: 03 out. 2012.
- _____. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* In: V Congresso de Direito da FAETE, *Ativismo judiciário: um diálogo com o professor José de Albuquerque Rocha*. Teresina, 12-14 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em 03 out. 2012.
- CONSELHO Federal de Psicologia. *Resolução CFP nº 001/99, de 22 de março de 1999*. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Disponível em: <http://pol.org.br/legislacao/pdf/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2012.
- CORREIA, Nildo. *GGB divulga relatório dos assassinatos de homossexuais no Brasil – 1º semestre 2012*. Diversidade. 04 jul. 2012. Disponível em <<http://blogsda gazetaweb.com.br/diversidade/?p=602>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Os Dez Mandamentos Do Advogado*. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/833131>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois : contribution à la recherche d'une méthode positive et théories*. Bruxelas: Payot, vol.2, 1925.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 608p.
- DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa, Priberam, 2012. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 03 abr. 2012.
- FERREIRA, Fábio Alves. *O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. 247p.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed., t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- _____. _____. 6. ed., t. 1. São Paulo: Saraiva, 1983.
- FRANCO, Augusto de. *Democracia: um programa autodidático de aprendizagem*. São Paulo: Escola de Redes, 2010. 252p.
- FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a constitucionalização do direito civil*. In: *Que Direito é Este?* v. 1. n. 1. Brasília: Processus Faculdade de Direito, 2010. p. 119-153.
- GARCIA, Fernando. *O preconceito e o sufixo 'ismo'*. Artigonal, 2010. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/cotidiano-artigos/preconceito-e-o-sufixo-ismo-1826156.html>>. Acesso em: 03 abr. 2012.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GREEN, James. Naylor, POLITO, Ronald. *Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980)*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2004. (Baú de Histórias).
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- IBOPE Inteligência. *União estável entre homossexuais*. São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2012.
- LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A impopular função do controle de constitucionalidade*. 22 ago. 2012. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/a-impopular-funcao-do-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em: 22 set. 2012.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. 213p.
- LEITE, Érida Maria Diniz. *Dicionário Digital de Termos Médicos 2007*. Natal, UFRN, 2007. Disponível em: <http://www.pdamed.com.br/diciomed/pdamed_0001_10125.php>. Acesso em: 03 abr. 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926p.
- LIMA, Raymundo de. A polêmica sobre as causas do homossexualismo. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, ano. 1, n. 0, mai. 2001. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/000/0ray.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2012.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras Complementares do Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 21-36.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 613p.

- LOURO, Guacira Lopes. Corpo, escola e identidade. *Revista Educação & Realidade*. Porto Alegre: v. 25, n. 2, jul.-dez. 2000, p. 59-75.
- KAAS, Hailey. *O que é cissexismo*. Transfeminismo. 04 jul. 2012. Disponível em <<http://transfeminismo.com/2012/07/04/o-que-e-cissexismo>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MEGALE, Januário Francisco. *Alguns "ismos" das Ciências Sociais*. Cultura Brasil. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/ismos.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.
- MOTT, Luiz. *Memória gay no Brasil: O amor que não se permitia dizer o nome*. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/luizmottbr/artigos07.html>>. Acesso em: 28 abr. 2012.
- NOSSOS Tons. *Assassinatos de homossexuais no Brasil: Relatório de 2011*. Disponível em <<http://www.nossostons.com/2012/04/assassinato-de-homossexuais-no-brasil.html>>. Acesso em: 28 abr. 2012.
- ONUBR Nações Unidas do Brasil. *Conselho de Direitos Humanos adota resolução sobre orientação sexual e identidade de gênero*. 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conselho-de-direitos-humanos-adota-resolucao-sobre-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero>>. Acesso em: 09 abr. 2012.
- PAINEL Internacional de especialistas em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de Gênero. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.
- PARÁ (Estado). *Constituição do Estado do Pará e Emendas Constitucionais 01 a 51*. D.O.E., 13.02.2007. Disponível em: <<http://pa.gov.br/downloads/ConstituicaoDoParaateaEC48.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2012.
- PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Tradução: Paulo Neves. In: *Veja 25 anos: Reflexões para o futuro*. Editora Abril, 1993. p. 75-81.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 334p.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. 391p.
- RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando (coord.). *Dicionário Larousse da Língua Portuguesa Míni*. 1. ed. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005. 837p.
- SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/publico/Tesealexandre.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012. 279p.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. *Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais: limites formais e materiais para a atuação jurisdicional*. In: *Que Direito é Este?* v. 1. n. 1. Brasília: Processus Faculdade de Direito, 2010. p. 73-104.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 set. 2012.
- _____. *Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 926 p.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 573p.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *União Homoafetiva: o fim do preconceito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de Ouro”*. Consultor Jurídico, 12. Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 29 set. 2012.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1183378*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 fev. 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 abr. 2011.
- _____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 23 nov. 2011.
- _____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.
- _____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 fev. 2012.
- _____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012.
- _____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011.
- _____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 168*. Relator: Ricardo Lewandowsky. Brasília, 26 abr. 2012.
- _____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187*. Relator: Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011.
- _____. _____. *Mandado de Injunção nº 670*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 dez. 2007.
- _____. _____. *Mandado de Injunção nº 708*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 dez. 2007.
- _____. _____. *Mandado de Injunção nº 712*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 dez. 2007.
- _____. _____. *Petição nº 3388*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2010.
- _____. _____. *Recurso Extraordinário nº 598099*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 nov. 2011.
- _____. _____. *Recurso Extraordinário nº 633703*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 mar. 2011.
- _____. _____. *Recurso Extraordinário nº 603583*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 dez. 2011.
- _____. _____. *Súmula Vinculante nº 11*. Brasília, 13 ago. 2008. DJE 11 nov. 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 69-80.
- TORRES, Joana Bento. *Igreja e Primeira República: A implementação do registro civil obrigatório*. Lisboa, Universidade Técnica de Lisboa. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/aphes30/docs/progdocs/JOANA%20TORRES.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2012. 19p.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Tradução: Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217, jul./set. 1999.

- VARGAS, Fábio de Oliveira. *União Homoafetiva: Direitos Sucessórios e Novos Direitos*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011.164p.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção direito civil; v. 6). 483p.
- VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. 252p. II.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VILLELA, João Baptista. Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social nãoviolenta. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Série Monografias, v. IV, n. 3. Belo Horizonte: UFMG, 1982.
- WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sex>. Acesso em: 09 abr. 2012.
- _____. *Hermafrodita*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hermafrodita>>. Acesso em: 18 abr. 2012.