

Artigo publicado no site: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/59864/o-direito-ao-casamento-homoafetivo>> em 20/03/2015.

Citação:

BRITO. Mário Wilson Barros de, O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO. Artigo. Revista eletrônica. Portal Educação. Seção: Direito. Em 20/03/2015. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/59864/o-direito-ao-casamento-homoafetivo>> Acessado em: (Incluir data e horário)

## O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO THE RIGHT HOMOAFECTIVE MARRIAGE

Autor<sup>1</sup>: Brito. Mário Wilson Barros de,

### RESUMO

Este estudo foi o tema de uma monografia no curso de Gestão em Políticas Públicas de Gênero e Raça – GPPGeR da Universidade de Brasília – UnB e sua intenção era refletir sobre o perfil racial e de gênero de qualquer política pública que produzissem igualdade entre os indivíduos Brasil ou mesmo uma mudança social na sua legislação. Neste contexto e, refletindo sobre as mais possíveis discussões sociais, apontamos uma questão sobre o casamento homoafetivo.

Nosso ponto de partida é a proposta de Emenda à Constituição Federal de 1988 – CF/88, através do Projeto de Emenda à Constituição – PEC no artigo 226 e sua intenção de propor casamento igual no direito em relação Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros – LGBT.

**Palavras chave:** Casamento. Direito. Constituição. União Homoafetiva. Política Pública.

### ABSTRACT

This study was the subject of a monograph in the course of post-graduation *latu-sensu* in Management Public Policy Gender and Race – GPPGeR the University of Brasilia – UnB, and his intention was to reflect on the racial and profile of any public policy Brazilian individuals that produce equal or even social change in their own legislation. In this context, and reflecting on the most possible social discussions, point questioning of the right to homo-affective marriage.

Our starting point is the proposed Amendment to the Federal Constitution of 1988 – CF/88, through the Project Amendment to the Constitution – PAC in Article 226 and its intention to propose equal marriage in the right in relationship Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender – LGBT.

**Keywords:** Marriage. Right. Constitution. homo-affective union. Public Policy

---

1 Contato: (61) 9123-8771; e-mail: [arrebenta2@gmail.com](mailto:arrebenta2@gmail.com). Residente em Ceilândia Sul Distrito Federal

Policial Militar do Distrito Federal e Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais – ISCP, Graduado como Tecnólogo em Segurança Pública pela Universidade Católica de Brasília – UCB, Pós-Graduado em Gestão de Políticas Públicas de Gênero e Raça pela Universidade de Brasília – UnB, Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior pelo Instituto de Ciências Policiais – ISCP, Pós-Graduado em Gestão Pública pela Universidade Apogeu, Pós-Graduado em Ensino a Distância pela Universidade Apogeu e autor de diversos livros e artigos científicos sobre temas relacionados ao Direito, Direito Administrativo, Gestão e Ciências Sociais.

## ÍNDICE

1.Introdução. 2. O Direito. 3. Proposta de Emenda a Constituição – PEC. 4. Países que aceitam o casamento homoafetivo. 5. Ponto de vista nos Direitos Humanos. 6. O direito isonômico (princípio da igualdade). 7. O ordenamento Jurídico. 8. Implantação de Políticas Públicas. 9. O Desenvolvimento das Diretrizes do Plano em Estratégias. 10. Mutação Normativa – Regime Jurídico. 11. Moral e  tica. 12. Conclusão. 13. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

Iniciamos nosso trabalho apontando um breve conceito do direito já enraizado em nossa sociedade, suas fontes, como às normas são propostas e passam a integrar o ordenamento jurídico e a importante noção de isonomia no direito que tem a função primordial em tratar os diferentes diferentemente e os iguais igualmente com a primordial intenção de identificar os diferentes e os iguais para diferenciá-los e criar mecanismos que possam harmonizar seus direitos.

Apontamos a Proposta de Emenda a Constituição (PEC) do casamento igualitário e em uma breve explicação e sua proposta de mutação constitucional.

No cenário internacional relata sobre os diferentes países que aceitam o casamento homoafetivo, tais países criaram mecanismos legislativos que orientam ao novo formato do casamento.

Já os direitos humanos têm uma enorme relevância para pensarmos qual a influência de uma noção global de direitos partilhados por todas às pessoas na conquista de direitos.

O direito é considerado um elemento abstrato, que deixa de ser, devido a sua transformação em lei, pois o costume transforma-se em lei e o exercício da lei torna-se direito, pois o contrato social ou a ideia do exercício de certa prática na sociedade é considerado uma espécie de lei, mesmo que ela ainda não seja escrita, pois a partir do momento de sua escrita, tornar-se-  em exercício do direito, mas sendo ele palpável e usual dando formato diverso e dial tico entre teóricos do direito.

## 2. O DIREITO

A palavra direito vem do latim e supõe a ideia de direção e em um conceito padrão entre os operadores do direito pode ser considerado como norma de conduta social coercitiva incidente sobre todas as pessoas de uma nação ou país. De acordo com as filosofias de Hobbes (2003), Locke (2003) e Rousseau (1993), o mecanismo social é considerado uma lei, seja ela escrita ou simplesmente cultural.

A passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil dá-se pelo contrato social formado com os outros (KANT, 1993), todas as sociedades passam por períodos de conflito e alguns deles serão resolvidos pelo contrato social cujo objetivo é promover a pacificação social, se considerarmos o contrato social como um ordenamento jurídico, podemos entender as Constituições como manifestações deste contrato, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 ou carta magna.

Na criação das leis no caso do Brasil temos três esferas: Federal, Estadual e Municipal.

a) Federal – Congresso nacional; b) Estadual – Assembleia legislativa c) Municipal – Câmara dos vereadores.

Para a criação de uma norma ou lei é necessário haver uma iniciativa, ou seja, a vontade de criar a norma ou o motivo, após tal ação, temos propostas de emendas para alteração ou melhora da norma.

Na deliberação ou votação, está a discussão técnica, para verificar se a norma segue para aprovação ou não e/ou a verificação da possibilidade de implantação. Após cumprido estes requisitos partimos para a sanção e veto, ações exclusivas dos chefes do legislativo: Presidente da República, Governadores e Prefeitos, para concordar (sanção) ou discordar (veto), podendo ser total ou parcial e requer justificativa. Vencidas estas fases temos a promulgação da norma e deve cumprir alguns requisitos para torná-la acessível.

Temos por fim a hierarquia das leis ou o ordenamento jurídico, Hans Kelsen (1934), propõe uma hierarquia em forma de pirâmide afirmando o respeito de uma sobre outra, sendo óbvia a superioridade da Constituição Federal.

A intenção do contrato social é alcançar a maioria em uma vontade comum de costume e tornando-o palpável e mensurável para uma breve regulamentação de conduta comum a todos os viventes, postulando-o como ordenamento jurídico personalizado em forma de lei escrita onde possa agir diretamente nos cidadãos e tenha um resultado harmonioso das sociedades.

### 3. PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO – PEC

Apresentamos a proposta de alteração à constituição a qual não tem número, por não ter passado pelos trâmites legais, sendo ela uma proposta de um deputado do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL do Estado do Rio de Janeiro – RJ, conhecida apenas como PEC do Casamento Civil Igualitário.

Texto original da Constituição Federal de 1988 – CF/88:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 1º – O casamento é civil e gratuita a celebração.  
§ 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.  
§ 3º – Para efeito da 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.  
(Grifamos) (...). (CF/88)

Alteração do texto da Proposta de Emenda a Constituição do casamento civil igualitário:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 1º O casamento é civil e é gratuita sua celebração. Ele será realizado entre duas pessoas e, em qualquer caso, terá os mesmos requisitos e efeitos sejam os cônjuges do mesmo ou de diferente sexo.  
§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.  
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre duas pessoas, sejam do mesmo ou de diferente sexo, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Uma alteração na constituição só pode ser realizada por uma emenda a constituição e tornar-se-á uma peça para apreciação da casa (Senado, Câmara Federal, Câmara de Vereadores) onde passará pela equipe técnica para verificar seu teor e aplicação e logo vai para votação de sanção e/ou veto.

Ao compararmos a redação do texto original com a da PEC é visível a diferença. Poderíamos reduzir a explanação ao simples fato da supressão dos nomes: homens e mulheres no parágrafo terceiro, por pessoas. Então teríamos uma forma genérica, contudo universal em relação aos nubentes abraçando a todos de forma isonômica rompendo a heteronormatividade.

O parágrafo primeiro, apresentado pela PEC, acrescenta uma parte extra na redação da CF/88, na qual amplia o direito ao casamento a casais homoafetivos. Tal redação promove igualdade ao usar a palavra “pessoas”. Já ao final do texto, provavelmente com a intenção de dirimir qualquer dúvida futura, o legislador afirma a igualdade de direitos, quer os cônjuges sejam do mesmo sexo ou do sexo oposto.

No parágrafo terceiro, a PEC propõe uma mutação direta e é confirmada a celebração do casamento e a proteção do Estado aos tais núbios. A nova proposta de texto apresenta uma horizontalidade em relação ao indivíduo tratando-o como “pessoa” e logo após, ele afirma quem são estas pessoas, “sejam do mesmo ou de diferente sexo”, a intenção do legislador deveria ser: reafirmar ou concretizar, como direito pátrio, o exercício do casamento e a exigência do cumprimento de forma universal.

O direito e o exercício dele são distintos, pois a norma (o direito) é a orientação do costume, contudo o costume requer um conjunto de ações obscuras para o pleno exercício do direito igualitário (exercício do direito). O pleno exercício exige correções normativas para seu funcionamento e o direito depende da vontade social ou sua mutação para reconhecer a necessidade de assistência as certas classes, tornando-se um verdadeiro abismo entre o ideário (ideia social) e a teoria.

#### **4. PAÍSES QUE ACEITAM O CASAMENTO HOMOAFETIVO**

Um tema discutido desde a antiguidade e, atualmente, uma discussão em ascensão desde 1998 (mil novecentos e noventa e oito) temos países que já aceitaram esta situação e realizaram as mutações necessárias em suas legislações.

Casamento entre pessoas do mesmo sexo (comumente referido como casamento homossexual, casamento gay ou casamento homoafetivo) é o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Desde 2001 vários países já permitem que pessoas do mesmo sexo se casem em todo o seu território: Argentina (2010), Bélgica (2003), Canadá (2005), França (2013), Islândia (2010), Nova Zelândia (2013), Noruega (2009), Portugal (2010), Espanha (2005), África do Sul (2006), Suécia (2009), Uruguai (2013), Brasil (2013), Dinamarca, Inglaterra, País de Gales e Países Baixos.

As alterações legislativas em relação as leis matrimoniais são variadas em cada país e sua alteração tem base em garantias constitucionais e julgados em todo o mundo. Estas alterações têm a intenção de propor uma igualdade ao exercício do direito sendo que o reconhecimento de tais casamentos é uma questão de direitos civis, política, social, moral e religiosa em muitos países.

No México, o casamento do mesmo sexo é reconhecido em todos os 31 estados, mas apenas é realizado na Cidade do México. Em 2013, cerca de 1 bilhão de pessoas (ou 15% da população mundial) vivem em áreas que reconhecem o casamento homossexual. No Nepal, o seu reconhecimento foi judicialmente reconhecido, mas ainda não legislado.

A Holanda foi o primeiro país a estender suas leis de matrimônio para incluir casais de mesmo sexo, seguindo a recomendação da comissão especial criada para investigar o assunto em 1995 ganhando efetividade no dia 1º de abril de 2001 e no mesmo ano os Países Baixos tornaram-se o primeiro país do mundo a conceder o direito ao casamento aos casais do mesmo sexo.

Nas municipalidades holandesas a lei do casamento entre pessoas de mesmo sexo foi aprovada e ganhou efetividade no dia 10 de Outubro de 2012.

A Bélgica se tornou o segundo país no mundo a legalmente reconhecer casamentos entre pessoas do mesmo sexo, originalmente, a Bélgica permitiu apenas os casamentos de casais do mesmo sexo de pessoas cujo país de origem também permitisse estas uniões, no entanto, legislação em vigor em outubro de 2004 permite qualquer casal casar, se, pelo menos um dos esposos tiver vivido no país por, pelo menos, três meses. Em 2006 foi legalizada a adoção por casais homossexuais.

A Assembleia da República Bélgica aprovou no dia 8 de janeiro de 2010, o acesso ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo com exclusão da adoção. A lei foi aprovada na especialidade no dia 11 de fevereiro de 2010 e analisada pelo Tribunal Constitucional. A assembleia não viu problemas de constitucionalidade em 8 de abril do mesmo ano.

Portugal passou a ser o oitavo país do mundo a realizar em todo território nacional casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, juntando-se aos Países Baixos, Espanha, Bélgica, África do Sul, Canadá, Noruega e Suécia. A Islândia no dia 11 de Junho de 2010, com a lei a entrar em vigor no dia 27 do mesmo mês e também na Argentina.

O governo francês introduziu o projeto de lei legalizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo na Assembleia Nacional em 17 de Novembro de 2012. O artigo 1º do projeto de lei definia o casamento como um acordo entre duas pessoas e foi aprovado no dia 2 de fevereiro de 2013 na sua primeira leitura por uma votação. Em 12 de fevereiro de 2013, a Assembleia Nacional aprovou a íntegra do projeto de lei. (CBC NEWS, 2013)

No dia 12 de Abril de 2013, a câmara alta (senado) do parlamento francês votou a legalização do casamento gay. No dia 23 de abril de 2013 a lei foi aprovada pela Assembleia Nacional. A lei N.º 2013-404 garante o direito de se casar aos casais homossexuais vivendo na França, incluindo os estrangeiros onde pelo menos um dos parceiros tenha seu domicílio ou residência na França. A lei também permite o reconhecimento na França dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo que aconteceram no exterior antes da efetividade da nova lei. (LESUR, 2013)

Como vimos outros países têm enfrentado o exercício do direito ao casamento, o Brasil, também é citado como um dos países. Alguns países existem a situação de legalidade do ato sexual ou da prática da sexualidade, porém não é reconhecido a união homoafetiva.

## 5. PONTO DE VISTA NOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode ser considerada como uma célula máter para construção da constituição de uma nação, contudo, isso não é uma regra, porém pode ser uma norma para a promoção da igualdade de direitos aos seres humanos.

Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (grifamos)

Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (grifamos)

Artigo 3º - Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (grifamos) (DUDH, 1.948)

Se fizermos uma análise sobre o ser humano, essa declaração o categoriza, fundamenta-o e identifica-o como um ser de forma universal e vivente com direitos comuns na sociedade em que vive.

A declaração, como sabemos, foi um tratado internacional para tentar dirimir o escravagismo, às torturas, os abusos de autoridades e outras já ocorridas em nossas sociedades espalhadas pelo mundo, explicadas por cientistas, historiadores, arqueólogos e outros.

E um dos direitos cedidos e analisados por nosso estudo, seria o momento núbil entre os seres:

Artigo 16º - 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. (grifamos)

2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.

3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. (DUDH, 1.948)

Na breve citação do artigo décimo sexto verificamos a alusão ao tema homem e mulher, não cercando o seu direito de constituir o matrimônio. Se observarmos bem, não conseguimos entender com quem aqueles devem se casar, se pessoas de mesmo sexo ou diferente, neste ponto, provavelmente, acreditamos na existência de uma tentativa de orientação ao senso comum.

Na citação do artigo e seus itens aponta três situações distintas e dependentes. A ligação entre eles tem um processo evolutivo, onde o direito de, em idade núbil, casar-se. Em outro momento, temos uma breve explicação sobre o casamento e como deve ser celebrado entre os esposos e mais a frente a explicação sobre a formação da família, sendo considerado o elemento natural e fundamental da sociedade. Abrindo uma alusão sobre a proteção do Estado à família.

## 6. DIREITO ISONÔMICO (PRINCÍPIO DA IGUALDADE)

Na constituição do casamento ou a igualdade no exercício desse direito deve haver uma igualdade ou isonomia, cuja etimologia da palavra isonomia vem do grego "iso", igual + "nomos", lei + "ía", é abstrata e significa, literalmente, lei igual, estabelecadora da justiça mediante a igualdade de direitos, usando os mesmos critérios a todos. No direito é proposta como princípio, ou seja, o princípio da igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1.988)

O princípio da igualdade, apontado em nossa constituição, segundo Gonzaga (2009), pode ser mais abrangente considerando a igualdade substancial e a igualdade formal. A primeira consiste no tratamento uniforme de todos. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida. (BASTOS, 2001 apud GONZAGA, 2009). Essa igualdade não se realiza, pois a vaidade impede igualdade dos seres. (GONZAGA, 2009). A segunda consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou, ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional. (BASTOS, 2001 apud GONZAGA, 2009).

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro dá mais ênfase a igualdade formal, i.e., garante igualdades e algumas desigualdades, devendo ser ambas positivas com vistas ao bem comum. Tais discriminações consistem em atos legitimados pelo legislador a fim de suprir uma desigualdade já existente. A igualdade consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais restando apenas definir quem são os iguais e quem são os desiguais. (GONZAGA, 2009)

A intenção principal do direito é alcançar a igualdade congênera tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente harmonizando-os em relação ao direito escrito e não ao costume, se furtando deste e apegando-se ao ordenamento jurídico pátrio, garantido de forma implícita o direito a todos.

Essa tarefa de igualdade de direitos é um fundamento abstrato da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH para promover um tratamento igualitário entre os seres, por este motivo, a intenção do direito é aproximar ao máximo a igualdade dos diferentes, onde esses, possam também ser assistidos com a intenção de torná-los iguais em relação aos demais.

## 7. O ORDENAMENTO JURÍDICO

O campo de análise antropológica da construção das leis vem se desenvolvendo de forma embrionária, com indicação evolucionária e promotora de polêmicas, temos avançado na construção das regulamentações mais abrangentes em relação às minorias, sejam elas grupos étnicos e/ou de gênero.

O avanço das lutas de classe tem forçado os nossos tribunais a se posicionarem em relação as questões de direito igualitário, um deles, o relacionamento homoafetivo.

O Superior Tribunal Federal – STF, num julgamento ocorrido posteriormente ao julgamento das ADI 4277<sup>1</sup> e ADPF 132, em relação ao casamento homoafetivo em um acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmou:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto punível, excludente, discriminante, fomentador da intolerância, estimulador ao desrespeito e desigual entre as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...]

Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações acessíveis a parceiros de sexo distinto integrante de uniões heteroafetivas. (STF, RE 477.554 AgR/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.08.2011, DJE 26.08.2011) (apud SILVA JUNIOR, 2013)

Silva Júnior (2013) segue relatando a consideração da existência de uma lacuna normativa, diante da qual existem dois caminhos possíveis a serem percorridos para se atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas:

- I. Reconhecer a ocorrência da mutação constitucional, autorizando a imediata possibilidade de constituição através da união estável ou do casamento; ou
- II. Havendo norma para regular a situação idêntica ou, a despeito de alguma diferença vislumbrada, idêntica e essencial, ao intérprete, valendo-se dos métodos de integração, quais sejam, a interpretação extensiva e a analogia, respectivamente, aplica as regras da união estável e do casamento.

Silva Júnior (2013) acredita na realidade total da aceitação do exercício do direito aos nubentes de mesmo sexo e ao citar Vecchiatti (2012) afirma: [...] *“é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher” é diferente de reconhecer “apenas” entre o homem e a mulher, pois o “apenas” não está escrito e, assim, não há limites semânticos impeditivos a exegese constitucional inclusiva [...].* (apud SILVA JÚNIOR, 2013) (grifamos)

A força de expressão e vontade de alcançar a igualdade de direitos promovem alteração nas normas e ordenamentos, estimulando novas posições nos tribunais e inovando o mundo jurídico, onde, produziram doutrinas em relação ao tema união estável ou casamento citado por

Souza (2012):

(...) É das Varas de Família a competência para processar e julgar ações sobre o reconhecimento de união estável homoafetiva. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. Conflito de competência nº. 70032730301, 7ª CC, TJ/RS, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, julgamento em 16 dez. 2.009 (...)

A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado, para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, quando afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) Apelação cível nº. 70012836755, 7ª CC, TJ/RS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgamento em 21 dez. 2.005.(...)

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social perpetuado através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões enlaçadas pelo afeto assumem feição de família. A união pelo amor caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver. A marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade do ser humano e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) Apelação cível no. 70012836755, 7ª CC, TJ/RS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgamento em 21 dez. 2005.

Para Souza (2012) a proposta do Supremo Tribunal Federal – STF em transformar o casamento de pessoas do mesmo sexo ou homoafetivas em união estável fere de alguma forma o direito a cidadania igualitária, para ele, cabe ao Estado promover e não obstaculizar esse exercício, devendo ser amigo e não opositor do ser humano, cuja dignidade não é sempre conferida pelo Estado, justamente por ser anterior ao Estado, devendo ser, pelo Estado respeitada. (SOUZA, 2012)

Existe uma diferença entre casamento e união estável, para alguns órgãos a união estável não tem validade jurídica, devido não trazer em seu bojo a alteração da certidão de nascimento, por isso, desconsiderada, inclusive, pelo próprio cartório que a emite. Já o casamento é uma cerimônia realizada por magistrado (Juiz) que transforma as certidões de nascimento dos nubentes em uma certidão de casamento.

O ordenamento jurídico brasileiro deve se encaminhar no sentido de preparar a sociedade para a supressão de óbices legais ao casamento civil entre pessoas de mesmo sexo. A definição de uma família não é a diversidade de sexos nem o intuito pro-criativo, mas a afetividade. (SOUZA, 2012)

O caráter de entidade familiar e às uniões homoafetivas foi julgado em maio de 2011 e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento conjunto das ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, concedendo-lhes a mesma proteção jurídica ofertada às demais entidades familiares.

Como ordenamento jurídico de direitos, ainda em relação ao casamento temos o Código Civil – CC que amplia e explica o exercício do direito ao casamento sendo ele a ferramenta fundamentalista dos argumentos da defesa em relação à aceitação da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

Lei 10.406/2002 – Parte Especial – Livro IV – Título I – Subtítulo I – Capítulo I – Disposições Gerais. Do direito de família. Do direito pessoal. Do casamento.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil. (BRASIL, 2008)

O direito deve ser imparcial e sem sentimentos, como no Direito Administrativo, sem afeto ou mesmo sentimentalismo (princípio da imparcialidade), protegendo somente o exercício do direito e sua amplitude em relação a todos ou sua maioria.

O Código Civil discorre sobre a união estável:

TÍTULO III – Da União Estável

Art. 1.723. É reconhecida 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência e guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, 2008)

O estado brasileiro tem 27 Estados federados, provavelmente, teríamos pontos de vistas diferentes da orientada pelo STF, porém já sanada com a regulação da ação sobre a proteção do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. (SILVA JÚNIOR, 2013)

Um dos pontos mais afirmativos diante a mutação da Constituição Federal tem base em um dos artigos já citados do Código Civil – CC (Artigo 1.726) que versa sobre a união estável, mas não a qualifica quanto ao gênero, raça ou etnia ou muito menos a orientação sexual e não havendo tal qualificação.

## 8. IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado tem estabelecido metas para a inserção do reconhecimento da minoria Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais denominados LGBT.

O Governo traçou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos d@s LGBT – PNPCDHLGBT, doravante, neste trabalho, apontado como Plano.

Nesse Plano de ações elencaremos as propostas de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O plano se tornou um orientador ou fomentador do governo, como já sabemos, o legislativo orienta as ações para o executivo e elas não devem ser inconstitucionais ou contra a constituição do país.

A promoção delas tem provocado mudanças e reconhecimentos, não sendo somente uma preferência às certas classes e sim a outros tipos de segmentos, um deles a igualdade entre etnias ou raças. Os negros, índios e as mulheres foram também contemplados, neste recorte, o apontamento a classe dos LGBT.

Temos as seguintes objetivos do plano:

### 3.1 Geral

Orientar a construção de políticas públicas de inclusão social e de combate às desigualdades para a população LGBT, primando pela intersetorialidade e transversalidade na proposição e implementação dessas políticas.

### 3.2 Específicos

3.2.1. Promover os direitos fundamentais da população LGBT brasileira, de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dispostos no art. 5º da Constituição Federal;

3.2.2. Promover os direitos sociais da população LGBT brasileira, especialmente das pessoas em situação de risco social e exposição à violência;

3.2.3. Combater o estigma e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Esses objetivos devem ter base em direitos constitucionais garantidores de direitos e provavelmente houve uma interpretação da constituição para nortear as exigências propostas:

O Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT se orienta pelos princípios da igualdade e respeito à diversidade, da equidade, da laicidade do Estado, da universalidade das políticas, da justiça social, da transparência dos atos públicos e da participação e controle social, assim destacados:

4.1. Dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal);

4.2. Igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (art. 5º da Constituição Federal);

4.3. "...respeito à diversidade de orientação sexual<sup>2</sup> e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (inciso IV do art. 3º da Constituição Federal; (grifamos);

4.4. Direito à Cidadania (inciso II do art. 1º da Constituição Federal);

4.5. Direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6º da Constituição Federal);

4.6. Liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV do art. 5º da Constituição

Federal);

4.7. Laicidade do Estado: a pluralidade religiosa ou a opção por não ter uma religião é um direito que remete à autonomia e a liberdade de expressão, garantidos constitucionalmente; (grifamos).<sup>3</sup>

4.8. Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X do art. 5º da Constituição Federal).

A universalidade dos direitos humanos deve estar acima de qualquer quadro de discriminação e das variadas formas de violência praticadas socialmente. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A relação de igualdade em nossa constituição é positiva em relação aos direitos constituídos e distribuídos aos cidadãos. Percebe-se que a orientação do direito não fere a opinião particular obedecendo aos princípios sociais e de direito.

No Plano existem 51 (cinquenta e uma) diretrizes a serem obedecidas e algumas delas já são realidades.

A mudança no paradigma da garantia de direitos à população LGBT, sobretudo na efetivação da sua cidadania, apresentada na forma operacional deste Plano, fundamenta-se nas seguintes diretrizes:

5.1. Adoção de abordagem pluralista que reconheça e garanta a universalidade e indivisibilidade, interdependência e de todos os aspectos do ser humano, incluindo a orientação sexual e identidade de gênero, pessoas com deficiência, raça e etnia nos espaços de pactuação com os demais setores de governo e da sociedade civil;

Nesta diretriz amplia o atendimento do direito de forma pluralista, i.e., em todos os ramos, formalizando a universalidade, indivisibilidade, interdependência, para alcançar as minorias já identificadas.

“5.5. [...] Combate à violência doméstica e familiar contra gays, lésbicas, mulheres bissexuais, travestis e transexuais;” Essa versa sobre a ampliação de atendimento jurídico aos casos de violência doméstica, atualmente conhecida como Lei Maria da Penha, onde atende diretamente e especificamente às pessoas do sexo feminino.

5.8. Ampliação dos conceitos de família, de modo a contemplar os arranjos familiares LGBT e assegurar a inclusão do recorte de orientação sexual e identidade de gênero, observando a questão étnico-racial, nos programas sociais do Governo Federal;

Essa diretriz promove a desconstrução do formato familiar atual e impõe uma nova perspectiva de relacionamentos.

“5.9. Combate à intolerância religiosa em relação à diversidade de orientação sexual e identidade de gênero; [...]” Já, aqui, esbarramos em um conceito, conflituoso e polêmico, à religiosidade, sendo ela uma opção particular, mas não deixa de alterar o ideário coletivo, o qual não deixará de sofrer alterações em seu formato já imposto socialmente.

5.16. [...] Legalização do direito de adoção dos casais que vivem em parceria homoafetiva;

5.44. [...] Qualificação da atenção no que concerne aos direitos sexuais e direitos reprodutivos em todas as fases de vida para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, no âmbito do SUS; [...]

5.48. [...] Disponibilização do acesso universal e integral de reprodução humana assistida às Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em idade reprodutiva; [...]

Essas diretrizes exigem a criação de dispositivos para adoção de filhos para casais homossexuais, impõe a implantação de reprodução humana para os LGBT.

5.17. Reconhecimento do companheiro ou companheira do mesmo sexo de servidores militares como dependentes, com direitos iguais aos dos militares heterossexuais; [...]

5.21. [...] Ampliação da cobertura dos planos de previdência público e privado aos

companheiros/as homoafetivos/as de travestis e transexuais; [...]

5.26. [...] Proposição de alterações legislativas e normativas que garantam os direitos fundamentais e sociais da(o)s cidadã(o)s LGBT; [...]

5.40. [...] Efetivação do Estado Laico como pressuposto para a implementação do SUS, garantindo os Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, bem como o atendimento de qualidade e não discriminatório por orientação sexual e identidade de gênero, raça e etnia. [...]

Nesta sequência, temos uma igualdade ou simplesmente uma intenção de ceder o uso do direito do cônjuge. Uma vez cedido o direito ao casamento aos nubentes, por sua vez, serão certos ao uso do direito devido ao ato administrativo produzido, ou seja, o casamento.

## 9. O DESENVOLVIMENTO DAS DIRETRIZES DO PLANO EM ESTRATÉGIAS

As diretrizes do plano são norteadoras para implantação das estratégias, ou seja, como serão alcançadas as diretrizes.

Elas começam a ser implantadas desde 2009:

Eixo Estratégico I – Promoção e socialização do conhecimento; formação de atores; defesa e proteção dos direitos; sensibilização e mobilização;

Eixo Estratégico II – Formulação e promoção da cooperação federativa; Articulação e fortalecimento de redes sociais; articulação com outros poderes; cooperação internacional; gestão da implantação sistêmica da política para LGBT.

Esses dois eixos ainda se desdobram em:

Eixo Estratégico I – Promoção e socialização do conhecimento; formação de atores; defesa e proteção dos direitos; sensibilização e mobilização.	Estratégia 1 – Promoção e socialização do conhecimento sobre o tema LGBT;
	Estratégia 2 – Formação de atores no tema LGBT.
	Estratégia 3 – Defesa e proteção dos direitos da população LGBT (integração de políticas LGBT e políticas setoriais).
	Estratégia 4 – Sensibilização e mobilização de atores estratégicos e da sociedade para a promoção da cidadania e dos direitos humanos de LGBT.
Eixo Estratégico II: Promoção da cooperação federativa; Articulação e fortalecimento de redes sociais; articulação com outros poderes; cooperação internacional; gestão da implantação sistêmica da política para LGBT.	Estratégia 1 – Integração da política de promoção da cidadania e defesa dos direitos humanos de LGBT com as demais políticas públicas nacionais;
	Estratégia 2 – Promoção da cooperação federativa para a promoção da cidadania e defesa dos direitos humanos de LGBT;
	Estratégia 3 – Articulação e fortalecimento de redes sociais de promoção da cidadania e defesa dos direitos humanos de LGBT.
	Estratégia 4 – Articulação com outros poderes para a promoção da cidadania e defesa dos direitos humanos de LGBT.
	Estratégia 5 – Cooperação internacional para a promoção da cidadania e defesa dos direitos humanos de LGBT.
	Estratégia 6 – Gestão da implantação sistêmica da política LGBT.

Tabela 01: Elaborada pelo autor. Fonte: PNPCDHLGBT, 2009

O desenvolvimento dos eixos são apresentados como formas de atuação de cada estratégia e locais onde acontecerão as ações.

Apontamos apenas as principais mudanças no formato familiar e os pilares de família aos quais são arraigados em diversos eixos.

Os eixos:

Eixo Estratégico I	Estratégia 02	1.2.15 – Criar dispositivos legais e jurídicos que garantam o direito do casal homossexual de adotar filhos, garantindo inclusive que o registro civil seja feito em nome do casal, bem como garantir o pleno direito de adoção aos LGBT, individualmente ou em parceria homoafetiva.
		1.2.16 Capacitar os serviços de disque-mulher, a Central de Atendimento à Mulher (Disque 180) e as delegacias especializadas de atendimento à mulher, Centros de Referência e demais serviços de atendimento às mulheres, garantindo a acolhida não discriminatória para mulheres lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais na aplicação da Lei Maria da Penha, por meio da SEDH, SENASP e SPM.
	Estratégia 03	1.3.1 – Inserir nos livros didáticos a temática das famílias compostas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando recortes de raça/etnia, orientação sexual, identidade de gênero e socioeconômica, os novos modelos de famílias homoafetivas, com ênfase nos recortes de raça/etnia, orientação sexual e identidade de gênero.
Eixo Estratégico II	Estratégia 1	2.1.8 – Garantir no Programa “Território da Cidadania” do Ministério da Integração Nacional, e nos demais programas sociais de acesso à terra e à habitação a inserção da população LGBT, assim como o direito de herança, sem discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero, e status conjugal da população LGBT e seus parceiros/as e suas famílias.
	Estratégia 3	2.3.3 – Promover a organização de redes integradas de atenção à Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em situação de violência doméstica, sexual e social, em parceria com os Centros de Referência de Combate à Homofobia e Núcleos de Pesquisa e Promoção da Cidadania LGBT da Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH.
	Estratégia 04	2.4.2 Apoiar (articular com vistas à aprovação) iniciativas legislativas que tramitam no Congresso Nacional as quais dispõem sobre os direitos da população LGBT, buscando equiparação dos direitos já garantidos aos heterossexuais. 2.4.3 Promover o diálogo, no Poder Público, sobre direitos sexuais e direitos reprodutivos, orientação sexual e identidade de gênero de jovens e adolescentes com o objetivo de aplicar e aperfeiçoar o ECA. 2.4.4 Articular a criação de núcleos de direitos humanos nas Defensorias Públicas e no Ministério Público, dotando-os de estruturas de proteção e defesa dos direitos da população LGBT.

Tabela 02: Elaborada pelo autor. Fonte: PNPCDHLGBT, 2009.

Esses tópicos ficarão a disposição do leitor para uma interpretação das ações de implementação. Não foram apresentados todos os itens devido ao apontamento deste estudo em relação ao matrimônio, devendo o leitor verificar de forma integral o teor de todos os tópicos das estratégias traçadas, estando disponível para download nos sites disponíveis em rede.

## 10. MUTAÇÃO NORMATIVA – REMÉDIO JURÍDICO

No desenvolver das sociedades passam por altos e baixos momentos e alguns deles necessitam de ações do Governo para regular e abolir os antigos ou se adaptar e/ou criar.

Esse efeito podemos chamar de mutação das normas ou remédios constitucionais ou remédios jurídicos para sanar discussões a luz do direito. Como sabemos o costume é transformado em norma para tornar-se palpável e mensurável, saindo do formato tácito para o formato jurídico.

A iluminação do direito ao casamento igualitário tornou-se luz diante do judiciário e do conceito jurídico, porém obscuro ao direito constitucional.

A intenção primordial da alteração da constituição brasileira no artigo 226 da CF/88 do Brasil é tentar homogeneizar o exercício do direito e alcançar os benefícios dos outros direitos.

Para Nancy Fraser (1.997) propõe facilidades e remédios para a alteração de uma norma. Podemos refletir como necessidade de alteração para alcançar a igualdade entre os desiguais, o dilema discutido e os conflitos de grupos no ponto econômico, cultural e de redistribuição a busca pelo equilíbrio em relação à aceitação da necessidade de justiça de um grupo sobre o outro pode produzir a ação interseccional, ou seja, a transformação social ou aceitação da existência do tal grupo.

A afirmação dentro da sociedade ou uma mudança cultural de aceitação, mesmo provocando um grande dilema entre a formação da norma e a valoração dela, essa equidade pode beneficiar um dos grupos, mas podem existir represálias que necessitarão de reconstrução provocando a economia política. Esta construção de reconhecimento e reorganização deverão enxergar as austeridades típicas de não aceitação de normas igualitárias, onde atitudes de intolerância podem trazer prejuízos ao grupo assistido pela norma e sua normatização. (FRASER, 2007)

Continuando os assuntos propostos são elencadas situações de transformação e distanciamento, i.e., a desconstrução de uma cultura para gerar outra, isso após a simbiose cultural pode gerar um novo paradigma perceptível na comunidade assistida pela norma.

Nancy, (1997) discute:

[...] distinguindo brevemente a afirmação e transformação. Por remédios afirmativos para injustiça entendem-se por remédios voltados para a correção de resultados indesejáveis de arranjos sociais sem perturbar o arcabouço gerador desses arranjos. Por remédios transformativos, em contraste, entendem-se remédios orientados para a correção de resultados indesejáveis precisamente pela reestruturação do arcabouço genérico produtor deles. O ponto crucial do contraste é a relação entre: resultados oferecidos pelo Estado versus os processos produtores deles. Não se trata de mudança gradual contra apocalíptica.

Esta distinção pode ser aplicada, em primeiro lugar, para remédios afirmativos para tais injustiças são atualmente associados denominado por mim de multiculturalismo dominante. Esse tipo de multiculturalismo propõe reparar o desrespeito por meio da reavaliação das identidades injustamente desvalorizadas de grupos, enquanto deixa intacto tanto o conteúdo dessas identidades e diferenciações embaçantes dos grupos. Remédios transformativos, em contraste, são atualmente associados a desconstrução. Eles reparariam o desrespeito por meio da transformação da estrutura cultural-valorativa

subjacente. Pela desestabilização das identidades e diferenciações de grupos existentes, esses remédios não iriam apenas elevar a autoestima dos integrantes dos grupos atualmente desrespeitados, mas mudariam a percepção de todos sobre a individualidade. (NANCY, 1.997)

Essa autora aponta situações de identidade e de status, ao abordar a luta por igualdade de grupos minoritários provocam discussões intermináveis, contudo carregadas de culturas de imposição, em sua maioria masculinizada ou simplesmente propondo o certo do errado e o bem contra o mal.

Nesta luta entre grupos, a imposição é uma espécie de conformismo de um grupo sobre o outro, não sendo necessariamente uma imposição de um deles, pois um grupo luta por igualdade e o outro luta por não adequação.

A luta por isonomia, já vencida pelos tribunais, porém não aceita ainda na CF/88 é controversa entre a cultura e a religião, para Fraser as afirmações sobre a insistência de conformismo resultante da orientação sexual positiva é cultural e não de escolha do grupo discutido. A proposta é:

(...) tratar o reconhecimento como uma questão de status social. Dessa perspectiva – darei o nome de modelo de status – a exigência de reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento, consequentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social. Reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política de identidade. No modelo de status, ao contrário, isso significa uma política que visa a superar a subordinação, fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar com os outros membros como igual.

Permitam-me elaborar. Entender o reconhecimento como uma questão de status significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como parceiros, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de reconhecimento recíproco e igualdade de status. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente “os outros” ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de não reconhecimento e subordinação de status.

No modelo de status, então, o não reconhecimento aparece quando as instituições estruturam a interação de acordo com normas culturais que impedem a paridade de participação. Exemplos abrangem as leis matrimoniais que excluem a união entre pessoas do mesmo sexo por serem ilegítimas e perversas, políticas de bem-estar que estigmatizam mães solteiras como exploradoras sexualmente irresponsáveis e práticas de policiamento tais como a “categorização racial” que associa pessoas de determinada raça com a criminalidade. Em todos esses casos, a interação é regulada por um padrão institucionalizado de valoração cultural que constitui algumas categorias de atores sociais como normativos e outros como deficientes ou inferiores: heterossexual é normal, gay é perverso; “famílias chefiadas por homens” são corretas, “famílias chefiadas por mulheres” não o são; “brancos” obedecem à lei, “negros” são perigosos. Em todos os casos, o resultado é negar a alguns membros da sociedade a condição de parceiros integrais na interação, capazes de participar como iguais com os demais. (NANCY, 2.007)

A aceitação da transformação do referido artigo da Constituição Federal de 1988 tem a função apenas de regular um exercício já real em nosso país, ou seja, regular algo existente, contudo abre um leque de discussões sobre a moral e a ética com campos distintos entre um e outro. Temos a moral religiosa e a moral social, a ética religiosa e a ética social, sendo que elas são díspares.

## 11. MORAL E ÉTICA

A aceitação do casamento já é uma realidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com a realização do reconhecimento da união estável, contudo não podendo se casar na igreja ou realizar uma cerimônia de casamento ou ter a certidão de casamento.

O casamento é um direito a formação da família, se é que podemos chamar assim e família é uma resultante do casamento, promovendo outros resultados aos seres.

Dentro da dialética postulada entre o casamento e a formação da família tem uma discussão pertinente e insistente do moralmente aceito e eticamente correto. Para Nancy (2007):

Algumas das mais espinhosas dessas questões concernem à relação entre moralidade e ética, entre o correto e o bem, entre a justiça e a boa vida. O problema central é saber se os paradigmas de justiça usualmente alinhados com a “moralidade” podem dar conta de reivindicações pelo reconhecimento da diferença – ou se é necessário, ao contrário, voltar-se para a “ética”. (...) (NANCY, 2007)

Para outra autora, Judith Butler (2003), a aceitação da petição ao casamento é uma prerrogativa do Estado em ceder ou não o matrimônio, em nosso caso, acontece de forma discriminatória e ocorre de forma forçosa, pela esfera judicial, independente da vontade do tabelião do cartório, ele obrigado a realizar a cessão da certidão do reconhecimento da união estável. A vontade do tabelião ou seu achismo sobre a moral ou ética ou moralmente aceito é superado devido ao amparo jurídico cedido aos nubentes.

A resistência imposta em nossa sociedade perpassa pela forma biológica naturalista de formação de família, sustentando a orientação cultural sobre a perpetuação da espécie. Esta perpetuação ou pacto de núcleo familiar ou formatação padrão de família torna-se um discurso vazio diante das atuais realidades familiares, devido a diversos fatores, um deles a feminilidade e masculinidade.

Estes dois elementos modificam a sociedade familiar, onde fêmeas em seu papel sexual não são femininas e sua opção sexual é hétero, elas são verdadeiras chefes e coordenam perfeitamente sua família com bastante responsabilidade e seu parceiro macho com papel sexual afeminado torna-se um verdadeiro dono de casa, desorganizando o padrão cultural imposto sobre o papel masculino e o feminino. Devemos, inclusive, fazer alusão ao curta Acorda Raimundo de Lúcia Romano Mariângela Furtado, disponível na rede de vídeos da internet, percebemos a alusão a inversão de papéis sexuais, atualmente, corriqueiro em nossa sociedade desmistificando a ideia de macho mantenedor do lar.

A simplicidade de pensar sobre a não mutação da norma e a insistência em dizer sobre a formalidade nela imposta alcança a todos de forma igualitária ou, de acordo com Fraser, às normas de justiça pensadas como universalmente vinculatórias, elas sustentam-se independentemente do compromisso dos atores com valores específicos.

Judith (2003) discute entre a legitimidade e a ilegitimidade, isto é, o fato de ser legal (estar na lei) ou ser ilegal (não estar na lei), em outras palavras, não seria bem ilegítimo ou ilegal, pois para o caso jurídico brasileiro, seria aquilo não legislado pelas normas.

Essa ilegitimidade vivida no caso do casamento gay se dá na lógica do debate da ética correta ou moralmente correto, pois reduz-se quase imediatamente à questão sobre se o casamento deve ser legitimamente ampliado a homossexuais reduzindo-o a prática da sexualidade como casamento e o casamento reduzido a necessidade de legalidade ou legitimidade. (JUDITH BUTLER, 2003)

Em seu desenvolvimento teórico ela aponta situações corriqueiras dentro do âmbito do costume e permeio do âmbito jurídico abrindo a discussão sobre situações legitimadas e ilegítimas dentro do campo social, sendo a ilegitimidade de relações de espaço privado, autorizadas de forma sutil nas normas vigentes, em seu ponto de vista, ela relata situações ocorridas naquele país, França, para a assistência da legitimação de situações corriqueiras ora questionáveis.

Em nosso país podemos suscitar outros questionamentos em relação a essa legalização sutil de certas situações, como a autorização do relacionamento extraconjugal não legalizado, mas real (JUDITH BATLER), onde a cessão do direito aos menores desassistidos pela falta de um genitor pode ou deve ter o tal, forçando por meio de legalização e registro para o exercício do uso do direito a assistência da genitora e sua cria aos benefícios de uma pensão ou não. Em alguns momentos abre um leque de acessibilidade do genitor a genitora e o contato deste com aquele, podendo em suma abrir uma oportunidade ao novo formato familiar proibido, mas autorizado, não pelo exercício do direito, mas pelo costume e vontade entre os envolvidos. Sendo moralmente aceito, quando se questiona sobre a assunção do pai em relação ao filho, é moralmente correto um pai assumir ao seu filho, porém eticamente incorreto o pai assumir relacionamento com a mãe, quando aquele já tem um casamento sacramentado pelo direito dos nubentes.

Em tese temos um formato bigamo entre casais heteroafetivos, sendo ele não legal (lei), mas autorizado pelo vínculo de registro de nascimento criado entre eles.

Em alguns momentos a ética está acima da moral, pois a cessão do direito ao casamento, podemos considerar, como eticamente correto, mas torna-o imoral devido o ideário imposto dentro das sociedades, tornando o exercício do direito homossexual uma anomalia ou algo sujo dentro da sociedade.

Judith discute os termos familiares Franceses onde emerge uma possibilidade de nova formação familiar ou um novo núcleo. Contudo questionável em referência a posição teórica lévi-straussiana no desenvolvimento Edipiano da criança pequena, contudo nossa análise não perpassa na formação familiar e nem na nova configuração ainda em mutação.

O exercício pleno do direito se deve ao contrato estabelecido entre os nubentes sendo

uma concessão do Estado em desobstruir o acesso às normas impostas em nosso país.

Segundo a discussão de Judith existe uma situação do modelo familiar cultural imposto, onde em um ideário temos de um lado a aceitação com afirmativas do tipo: “Eu não tenho nada a ver com a opção sexual de ninguém a vida é deles e façam dela o que bem entender”, dentro da formação da cultura isso passa despercebido, como se ninguém se envolve na vida alheia.

Ao rememorarmos as situações vividas em bairros ou vizinhança temos outra configuração familiar questionável dentro do mesmo ideário.

Ao adentrarmos nas relações íntimas de espaço privado temos situações de exercício de direito doente, onde a acessibilidade ao exercício pleno do direito depende da formalização do contrato entre nubentes, o casamento, porém, caso um casal ao conviver por muito tempo e não constituírem o matrimônio não tem acesso a outros benefícios da lei devendo um deles comprovar sua convivência matrimonial para acessar aos direitos cedidos aos esposos.

Devemos ainda observar o laço matrimonial, pois esse é o maior relevante na formação de laços familiares e a prática da sexualidade é apenas um complemento na relação marital.

Para alguns o paradigma é rompido quando um casal se une por amor e não por interesse, mas questionamos: Um casal independente de sua opção sexual não pode se unir por amor?

Caso a resposta seja sim, porque não é cedido o direito de casar-se, se é o amor a principal influência dentro de um relacionamento? Se observarmos pelo lado amoroso, teremos um conjunto de ideias sobre essa relação, pois este é o caminho trilhado pelo judiciário, sua justificativa esta incluída dentro do romance entre os nubentes ou os laços de amor entre um e outro.

Dentro do ideário sabemos o resultado de uma relação envolvendo laços amorosos e a construção dos bens familiares, como já citamos, o exercício do direito de divisão de bens, pois eles só tem acesso a esses por dois mecanismos jurídicos: reconhecimento da união estável ou casamento.

## 12. CONCLUSÃO

Em uma discussão teórica sobre a implantação do casamento igualitário temos um ponto de vista sobre a instituição casamento, pois para alguns teóricos, o casamento transformou-se em outra coisa, antes, um contrato entre famílias, logo após um contrato afetivo entre pessoas e religião e atualmente é um fato jurídico.

Para Michel Bozon mudanças conjugais contemporâneas traduzem a passagem de uma definição institucional antiga do casamento para uma definição interna e amplamente subjetiva do casal. Essa evolução aconteceu a longo prazo, mas conheceu uma aceleração decisiva nas últimas

décadas. O processo multissecular da entrada do afeto nas relações conjugais/familiares fez surgir a prática do casamento por amor cujo ideal se tornou dominante no século XX: o casamento por amor, de um lado, não depende mais das negociações entre famílias, e, de outro, o sentimento amoroso passa a ser à única opção do casal. (MICHEL BOZON, 2003)

Silva Júnior, (2013), concorda, para ele o conceito contemporâneo de família não é o mesmo daquele presente na sociedade do século passado não dependendo mais das negociações entre famílias e continua dizendo sobre o conceito de família não ser estanque, mas ao contrário, está sempre se transformando, sendo aferido num determinado momento histórico e cultural de uma dada sociedade, tendo em vista que os valores dessa sociedade tendem a se alterar com o passar do tempo.

A escravidão, por exemplo, em tempos remotos era aceita como um fato comum, hoje encontra expressa proibição nos âmbitos, internacional e interno, sendo, inclusive, tipificado como crime no artigo 149 do Código Penal do Brasil. A família, igualmente, antes se formava exclusivamente através do casamento sacramentado e indissolúvel, hoje, apresenta uma diversidade de arranjos, podendo ser formada por casais heteroafetivos ou homoafetivos, através do casamento, da união estável, e, também pelas famílias, monoparental e anaparental. Outros arranjos familiares ainda surgirão, sem, contudo, se desnaturar o conceito de família. (SILVA JÚNIOR, 2013)

Por ser uma prerrogativa do Estado a petição por direito ao casamento procura o reconhecimento das relações não-heterossexuais e, assim, configura o Estado como detentor da cessão desse direito, de maneira não discriminatória, independente de orientação sexual. (JUDITH BUTLER, 2013)

Para Nancy Fraser essa discussão ou a cessão desse direito é o simples fato da desconstrução do formato heteronormativo existente.

No Brasil isso pode garantir ou distribuir as garantias existentes na legislação promovendo uma maior margem ao uso regular do direito e desmistificando a forma normativa existente tornando-a mais abrangente e igualitária sendo que a aceitação da tal PEC apenas expõe sobre sua abrangência e não vai ferir às normas existentes e sim regular algo já aceito por decisão judicial.

A luta por direitos é um campo trilhado por várias pessoas seja em justificativas ou recorrência ao judiciário brasileiro.

Na atualidade o acesso à informação tem melhorado a convivência em relação ao uso do direito e seu exercício, presta-nos dizer na possibilidade positiva do acesso ao casamento igualitário, existindo apenas a necessidade de reconhecimento de união estável em casamento cuja a regulamentação não fere ao direito.

O efeito maior causado contra/a favor desse direito é sua amplitude e igualdade

proporcionada ao seu exercício e por ser um fato jurídico, essa instituição transporta outros direitos, como formação de família e uso regular de outros benefícios previstos na legislação brasileira.

A igualdade não é respeitada em relação à norma apontada (artigo 226) da CF/88, mas em relação à força do judiciário esta igualdade tem sido estalecida e podemos afirmar que a atividade ética deve superar a moral, mesmo sabendo que um é o oposto da outra.

Existem mecanismos que podem auxiliar esta igualdade sabendo que o acesso ao casamento de pessoas do mesmo sexo é negado na lei atual, sendo de alguma forma injusta. A reivindicação é positiva na solicitação para o exercício da cidadania ou promoção da justiça para os injustiçados. A promoção da igualdade é proposta na tal PEC que pode ter resultados positivos e propõe mais de uma alternativa para a solução ora proposta, uma delas a desinstitucionalização do valor heteronormativo.

Devemos lembrar que a imposição da inquisição religiosa, que um dia nossa sociedade já foi vítima, foi um dos causadores de diversas injustiças consideradas justas para época. Contudo modificada com o avanço educacional da maioria das sociedades.

Temos consciência que o conhecimento liberta a maioria das pessoas de suas culturas e orientam as sociedades para um melhor equilíbrio na produção de leis mais igualitárias.

Ao finalizarmos com a intenção de abrimos maiores questionamentos sugerimos a reflexão sobre a moral e a ética:

Será que a moral é uma característica social e pessoal que cada pessoa tem a sua?

A ética é um ato que horizontaliza os direitos de forma igualitária?

### 13. BIBLIOGRAFIA

<sup>1</sup> Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Na última sessão, antes do relator, falaram os autores das duas ações – o procurador-geral da República e o governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio de seu representante –, o advogado-geral da União e advogados de diversas entidades, admitidas como amigos da Corte.

Ações

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF

aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. (FONTE: Revista eletrônica do STF)

<sup>2</sup> Texto acrescentado no Plano, esta informação não existe na CF/88. (Cf. CF/88)

<sup>3</sup> Nesse tópico é informado a laicidade do Estado, não esta explícita a informação sobre religião, contudo, não aponta para uma rigidez em opção religiosa, temos somente a informação sobre a não influência do Estado sobre a opção religiosa, pois todos são livres em prestar cultos e/ou deixá-los, ninguém será obrigado a prestar cultos a seja lá quem for, sendo livre a opção e opinião particular de cada um. (grifo do autor de acordo com o apontamento da Constituição Federal de 1988 sobre religião). Todos os outros tópicos do plano foram conferidos (Cf.) no original da CF/88.

BOZON. Michel, Sexualidade e conjugalidade A definição das relações de gênero na França contemporânea. Publicado em BLOSS, Thierry. (org.) La dialectique des rapports hommes-femmes. Paris, PUF, 2001, pp. 239-259. O comitê editorial dos Cadernos Pagu agradece a autorização da editora para traduzir este artigo. [Tradução: Plínio Dentzien.]. Institut National d'Etudes Démographiques – INED. [booz@ined.fr](mailto:booz@ined.fr) cadernos pagu (20) 2003: pp.131-156.

BRASIL. Código Civil (2002). Código civil brasileiro e legislação correlata. – 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2.008. 616 p.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1.988. 292 p.

CBC NEWS. Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento\\_entre\\_pessoas\\_do\\_mesmo\\_sexo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo) Acessado em 29/04/2013. 14h17m. Esta página foi modificada pela última vez à(s) 03h40min de 4 de abril de 2014.

DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em [http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf) . Acesso em 06/04/2014 09h08m.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 8522434840

GONZAGA. Álvaro de Azevedo, O Princípio da Igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias? Scientia FAER, Olímpia – SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009. Disponível em: [http://www.fajer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10\\_alvaro\\_de\\_azevedo\\_gonzaga%5B1%5D.pdf](http://www.fajer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10_alvaro_de_azevedo_gonzaga%5B1%5D.pdf) Acessado em 06/04/2014. 09h24m.

HOBBS. Thomas, (2.004). Leviatã. São Paulo: Editora Martin Claret. p. 380.

HANS KELSEN (1934) Teoria pura do Direito. disponível em: <http://direitoamorfejustica.blogspot.com.br/2013/01/teoria-pura-do-direito-hans-kelsen.html> acessado em 03/04/2014. 10h32m.

JUDITH BUTLER. Is Kinship Always Already Heterosexual? Differences: A journal of Feminist Cultural Studies (13)1, 2002, pp.14-44. O comitê editorial dos cadernos pagu agradece a autorização da autora para traduzir este artigo. Tradução: Valter Arcanjo da Ponte; Revisão: Plínio Dentzien. Universidade da Califórnia, Berkeley. Cadernos pagu (21) 2003: pp.219-260.

Introdução ao Direito. Curso on-line, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lqp18vkreMM> acessado em 02/04/2014 às 22h00m.

KANT, Immanuel. (1.993). Doutrina do Direito. São Paulo. Editora Ícone. P?

LOCKE. John. (1.998). Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Editora Martins Claret. P?

LESUR. Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento\\_entre\\_pessoas\\_do\\_mesmo\\_sexo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo)> Acessado em 29/04/2013. 14h17m. Esta página foi modificada pela última vez à(s) 03h40min de 4 de abril de 2014.

FRASER. Nancy, (1.997). Justice Interrupts: Critical reflections on the post-socialist condition. Routledge. New York. p?. Traduzido por Márcia Prates.

\_\_\_\_\_. Nancy. Reconhecimento sem ética? Artigo originalmente publicado na revista Theory, Culture & Society, v. 18, p. 21-42, 2001. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. Partes deste artigo foram adaptadas e retiradas do meu ensaio, Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation (Fraser, 2000a). Lua Nova, São Paulo, 70: 101-138, 2007.

ROUSSEAU. Jean-Jacques, Do Contrato Social. Edição Ridendo Castigat Moraes. Versão para E-Book. Fonte Digital: [www.jahr.org](http://www.jahr.org). 1993. pp. 211. Acesso gratuito disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>> acessado em: 20mai14. 09H47m.

SOUZA. Alécio Pereira, Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Revista jurídica eletrônica, PDF elaborado em 05/2.012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21881/casamento-entre-pessoas-de-mesmo-sex>> Acessado em 03/04/2.013. p?

SILVA JÚNIOR, Assis Moreira. Casamento civil homoafetivo e (in)segurança jurídica, in Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 61, n. 428, jun. 2013, p. 9-32. Disponível em <[http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/101\\_\\_6f072e617d240d880413ca1409598a49.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/101__6f072e617d240d880413ca1409598a49.pdf)> Acessado em 06/04/2014. 10h57m.