

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

**O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE COMO FUNDAMENTO PARA LEGALIZAÇÃO
DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAS HOMOSSEXUAIS**

MARIANE DE SOUZA

SANTO ÂNGELO
2012

MARIANE DE SOUZA

**O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE COMO FUNDAMENTO PARA LEGALIZAÇÃO
DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS**

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões - URI - Campus de
Santo Ângelo, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito - Mestrado.

ORIENTADORA: PROFA. DRA. ROSÂNGELA ANGELIN

**SANTO ÂNGELO
2012**

MARIANE DE SOUZA

**O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE COMO FUNDAMENTO PARA LEGALIZAÇÃO
DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAS HOMOSSEXUAIS**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Fundamentais.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Rosângela Angelin, Doutora em Direito
Orientadora

Prof. Dr. Mauro José Gaglietti, Doutor em História
Examinador

Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Doutora em Direito
Examinadora

Santo Ângelo, 21 de agosto de 2012.

Ao meu marido Marcos Lima Reina pela presença constante, pela dedicação, e principalmente pelo apoio incondicional que sempre me ofereceu, pois tu és o esteio firme que faz livre.

A Minha orientadora Rosângela Angelin, que foi incansável, e que é um exemplo de sabedoria intelectual e humana.

RESUMO

A presente dissertação aborda a questão da busca do reconhecimento da identidade homossexual, a partir da legalização da adoção conjunta por casais homossexuais, fato este analisado diante da interpretação principiológica da Constituição Federal de 1988, do princípio da igualdade como motivador de um tratamento igualitário na forma da lei, e da possibilidade de atuação dos poderes constituídos, a fim de criarem mecanismos para viabilizarem o reconhecimento da entidade familiar homossexual, possibilitando assim, a adoção conjunta. Para tratar do tema proposto, o assunto foi dividido em três capítulos, que construíram a linha argumentativa baseada, primeiramente no estudo da construção e do reconhecimento das identidades, analisando o caso da identidade homossexual, as transformações sociais, sua influência na diversidade cultural e na construção do reconhecimento das identidades humana. Em seguida, é analisada a evolução da entidade familiar no decorrer da história da humanidade, com o intuito de demonstrar que esta entidade sofreu várias transformações no decorrer da história, chegando ao momento de ser plural. A fim de reconhecer a entidade familiar homossexual dentro do ordenamento jurídico, e demonstrar que o artigo 226, § 3º da Constituição Federal não exclui este tipo de família, foi abordado o papel principiológico da Constituição Federal de 1988 no que se refere a interpretação conforme a constituição. Finalmente, o terceiro capítulo aborda o princípio da igualdade como argumento central da possibilidade de adoção por casais homossexuais. Através do desenvolvimento desta dissertação, é possível perceber que a união homossexual deve ser equiparada a união heterossexual, sendo reconhecida como entidade familiar podendo sim adotar conjuntamente, em razão, primeiramente, da principilogia constitucional que elege a não discriminação por sexo, remetendo a todo o ordenamento jurídico a interpretação a partir desta percepção que impede qualquer tipo de discriminação. Tal fundamentação também é justificada a partir da análise do voto do relator da Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF, a qual, por analogia, remete à possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais. A metodologia utilizada foi a fenomenologia-hermenêutica, sendo a pesquisa baseada em bibliografias, dissertações, sites da internet e análise de acórdão do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade sexual. Reconhecimento. Homossexuais. Princípio da igualdade. Adoção por casais homossexuais.

ABSTRACT

This dissertation discusses the issue of seeking recognition of homosexual identity, and the joint adoption by homosexual couples, a fact that was analyzed according to the principled interpretation of the Constitution of 1988, as well as the principle of equality as a motivator of equal treatment under the law, as well as the possibility that the constituted powers have, in order to create other mechanisms to permit the recognition of the homosexual family unit, as well as the possibility of such couples to adopt jointly. To address the theme, the subject was divided into three chapters, which built the argumentative line based primarily on the study of the construction and recognition of identities, analyzing the case of homosexual identity, the social changes, its impact on cultural diversity and the construction of the recognition of human identities. Next, we analyze the evolution of the family unit in the course of human history, in order to demonstrate that this unit has suffered several transformations throughout history, reaching far enough to be plural. In order to recognize the homosexual family unit within the legal framework, and demonstrate that the Article 226, § 3 of the Federal Constitution does not exclude this type of family, was approached the principles of the Constitution of 1988 regarding the interpretation according to the constitution. Finally, the third chapter discusses the principle of equality as a central argument of the possibility of adoption by homosexual couples. By developing this thesis, it is possible to realize that homosexual unions should be treated as a heterosexual union, being recognized as a family that can adopt jointly, because, first, of the constitutional principles, which elects the non-discrimination by sex, referring to all legal system interpreted from this perception that prevents any kind of discrimination. Such reasoning is also justified from the analysis of the vote of the rapporteur of the Direct Action of Unconstitutionality No. 4.277/DF, which, by analogy, refers to the possibility of joint adoption by homosexual couples. The methodology was based on hypothetical deductive, being the searching based on bibliographies, dissertations, Web sites and analyze of the judgment of the Supreme Court.

KEYWORDS: Sexual identity. Recognition. Homosexuals. Principle of equality. Adoption by homosexual couples.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
1 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS, SUA INFLUÊNCIA NA DIVERSIDADE CULTURAL E NA CONSTRUÇÃO DO RECONHECIMENTO DAS IDENTIDADES HUMANAS	11
1.1 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HUMANA ATRAVÉS DO PARADIGMA DO RECONHECIMENTO.....	13
1.2 A INFLUÊNCIA DO RECONHECIMENTO NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE SEXUAL.....	31
1.3 O FEMINISMO COMO MOVIMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL, E A PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL EM RELAÇÃO A ENTIDADE FAMILIAR.....	48
2 A FAMÍLIA DE ONTEM, DE HOJE E DE AMANHÃ DIANTE DE PARADIGMAS CULTURAIS E HISTÓRICOS.....	65
2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSTITUIÇÃO FAMÍLIA NA EVOLUÇÃO DAS CIVILIZAÇÕES	67
2.2 AS TRANSFORMAÇÕES DA VELHA FAMÍLIA PARA A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	86
2.3 A UNIÃO HOMOSSEXUAL COMO ENTIDADE FAMILIAR A PARTIR DA PRINCIOLOGIA CONSTITUCIONAL	106
3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS: UM CASO DE JUSTIÇA	123
3.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA ADOÇÃO	124
3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS.....	141
3.3 EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS DE POSICIONAMENTOS INOVADORES DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS.....	178
ANEXO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277	185

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mudança de paradigmas culturais e identitários, ocorrida na modernidade, fez com que a família ganhasse novos contornos, deixando de representar somente a união patrimonial e adquirindo um caráter de união afetiva, havendo a prevalência do indivíduo sobre o grupo familiar, remetendo a importância da constituição de identidade dos membros da família. Com a valorização do indivíduo, a intimidade, o afeto e a sexualidade passaram a representar esferas particulares de relevância pública, que requerem o reconhecimento do Estado para a garantia de seu pleno desenvolvimento. Assim, reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é essencial para a efetivação da dignidade da pessoa, que representa o início e o fim dos objetivos constitucionais brasileiros.

A pesquisa proposta nesta dissertação visa desenvolver a temática sobre a possibilidade jurídica de habilitação conjunta de casais homossexuais, para fins de adoção, assim como é conferida aos casais heterossexuais, buscando a argumentação, em especial, diante do princípio constitucional da igualdade, bem como diante da proibição constitucional de qualquer tipo de discriminação em razão da origem, da cor, da raça e do sexo, aqui analisado sob a ótica da orientação sexual.

Nesse contexto, o aspecto que mais chama a atenção, e serve de principal objeto ao estudo aqui proposto, é o fato de que, mesmo sendo a igualdade um princípio constitucional garantidor da efetivação da dignidade da pessoa humana, os adeptos das correntes jurídicas que negam *status* de entidade familiar às uniões homossexuais, tomam por base o artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 que apresenta o conceito de família através do entendimento de que se exige diversidade de sexos para a construção da entidade familiar. Diante disso, questiona-se se é possível através da principiologia constitucional justificar que o acima disposto não exclui o reconhecimento de entidade familiar homossexual e a constituição de prole, assim como fica a indagação se é possível justificar o acima exposto, a partir do princípio da igualdade, princípio este proclamado pela Constituição Federal vigente.

Diante desta proposta de análise, é prudente trazer à baila que a Constituição Federal de 1988, quando elegeu a igualdade como princípio, buscou apresentá-la em seu sentido amplo, ou seja, buscando sua efetivação tanto no âmbito formal, quanto no material, ou seja, se dois indivíduos, independentemente da orientação sexual mantêm uma vida em comum, conjugam dos mesmos interesses e princípios e constituem patrimônio conjunto, teriam

agregados todos os elementos necessários para justificar uma relação estável com características do casamento heterossexual, uma vez que, para o Estado, é indiferente que sejam heterossexuais ou homossexuais, posto que não é permitido discriminação de qualquer natureza. Com isso, toda relação estável com características de casamento poderia vier a ser considerada, para efeitos legais e, de acordo com o texto constitucional, uma entidade familiar. Tal afirmativa seria suficiente para garantir aos casais homossexuais o mesmo procedimento de habilitação e adoção de filhos dos casais heterossexuais? Este é um dos elementos que a dissertação se propõe a analisar com mais profundidade.

Ainda se faz importante salientar que a questão aqui trazida é apenas uma das facetas da problemática enfrentada pelos homossexuais em relação ao processo de reconhecimento de sua identidade, diante da discriminação enfrentada por estas pessoas diuturnamente. Sendo assim, para se chegar a ponta do *iceberg*, que representa o deferimento da adoção por casais homossexuais, em condições igualitárias aos casais heterossexuais, é indispensável se fazer a jornada pelo caminho das concepções culturais, da construção do reconhecimento, e dos paradigmas dominantes e antidominante para se entender o foco do preconceito e da discriminação e a possibilidade real de um direito da antidiscriminação.

Sendo assim, o presente estudo pode ser introduzido com a seguinte pergunta: é possível que casais homossexuais, em razão do princípio da igualdade, possam ser considerados entidade familiar apta à habilitação conjunta no processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro?

Para responder a pergunta apresentada, várias considerações serão ponderadas, questões essas que irão versar sobre novos contornos familiares, identidade, reconhecimento, feminismo e princípios constitucionais, em especial o da igualdade e da liberdade de expressão, bem como o da intimidade que, entre outros proporcionam uma leitura de respeito à diversidade sexual e ao reconhecimento da união homossexual e, conseqüente possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Para a realização da presente pesquisa buscou-se desenvolver o trabalho utilizando o método de pesquisa hipotético-dedutivo, bem como as técnicas de pesquisa baseadas em bibliografias, dissertações, sites da internet e jurisprudências sobre o tema. Ainda, referindo-se à metodologia utilizada, ressalta-se que será utilizada terminologia “uniões homossexuais” e não “uniões homoafetivas”, em razão de que tais indivíduos demonstram sua sexualidade de forma homogênea, já que desenvolvem sua sexualidade em relação ao mesmo sexo. Contudo,

no campo da afetividade, a mesma se desenvolve tanto em relação a pessoas do mesmo sexo quanto em relação ao sexo distinto, razão pela qual se elegeu a terminologia homossexual e não homoafetiva, embora diversos autores utilizem ambas as terminologias, como sinônimos.

Diante do exposto e, o presente trabalho de pesquisa será dividido em três capítulos. Assim, para a construção do tema proposto serão abordados respectivamente no Capítulo 1, a o processo de construção das identidades dos seres humanos dentro de um contexto de transformações sociais, sua influência na diversidade cultural e na construção do reconhecimento social. Para tanto, o capítulo estará dividido, a partir de três seções distintas, destinadas a abordar respectivamente: o processo de construção da identidade humana através do paradigma do reconhecimento; a influência do reconhecimento na construção da identidade sexual; e o feminismo como movimento de transformação social, e a promoção da diversidade cultural em relação a entidade familiar. Como marco teórico da primeira parte do capítulo, serão consultados, em especial, os seguintes autores: Taylor, Touraine, Castells, Bourdieu e Hall, os quais tratam da construção da identidade na sociedade contemporânea a partir das relações sociais e da reprodução do pensamento dominante em oposição a identidade de resistência e projeção. Para argumentar acerca da construção da identidade sexual, baseada na sexualidade e não exclusivamente na relação de distinção de gênero, serão trabalhadas as obras de Rios e Foucault.

O segundo capítulo é destinado a tecer considerações acerca da estrutura familiar e sua evolução ao longo da história, a partir de breves considerações, as quais, contudo não contemplam, por exemplo a questão da família dos povos indígenas oriundos deste território, os quais possuíam inúmeras formas diferenciadas de convívio familiar. Assim, neste capítulo, serão abordadas as diferentes formas de instituição familiar na evolução das civilizações, utilizando para isso, em especial a obra de Friedrich Engel, assim como as transformações da velha família para a nova família brasileira diante da Constituição Federal de 1988, trazendo ao final uma abordagem dos princípios constitucionais, a fim de buscar fundamentos para afirmar que a união homossexual pode ser entendida como uma entidade familiar, posto que as disposições expressas em relação a família devem ser interpretadas a luz dos princípios constitucionais fundamentais entre os quais se destaca o da igualdade. Ao se abordar a base principiológica constitucional na aplicação do direito no ordenamento jurídico brasileiro, ter-se-á por norte a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Alexy e a teoria fundamentada na interpretação conforme a Constituição, bem como a interpretação integradora, de Canotilho.

Em razão da relevância da principiologia para a interpretação das normas do sistema jurídico brasileiro serão abordados no Capítulo 3 dessa dissertação, a questão do princípio da igualdade, para fundamentar a possibilidade da adoção por casais homossexuais, como forma de efetivação de justiça, a partir da análise da legislação brasileira sobre adoção, e da interpretação constitucional das normas referentes a família e a distinção. Em relação ao instituto da adoção será utilizada como bibliografia básica as considerações trazidas por Gonçalves, e as transformações incorporadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, após a entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção, em 2009.

Finalizando, o terceiro capítulo é destinado a análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, que conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil de 2003 a interpretação “conforme a constituição”, no sentido de reconhecer como união estável a união entre pessoas do mesmo sexo. Assim, a partir da analogia dos argumentos apresentados neste acórdão, comparados com as teorias trabalhadas nesta dissertação, pretende-se refletir e argumentar diante da possibilidade de superação do preconceito da identidade homossexual, ainda existente nas sociedades, bem como arguir diante do reconhecimento da possibilidade da adoção conjunta por casais homossexuais que ainda é um tabu no Brasil.

Entretanto, diante do discurso legalista de perigo iminente ao texto constitucional, nos casos de falta de disposição expressa é imprescindível que o legislativo, assim como o judiciário, sejam provocados a estabelecerem regras e condições de efetivação da isonomia, a fim de garantirem aos casais homossexuais as mesmas condições de adoção previstas para casais heterossexuais.

1 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS, SUA INFLUÊNCIA NA DIVERSIDADE CULTURAL E NA CONSTRUÇÃO DO RECONHECIMENTO DAS IDENTIDADES HUMANAS

O presente capítulo visa trabalhar com a discussão a respeito da construção da identidade e do seu reconhecimento, através das relações desenvolvidas socialmente e da representação dos símbolos que permeiam o comportamento dos indivíduos. Assim, pretende-se abordar questões envolvendo a conceituação de identidade, fatores sociais que influenciam a formação da identidade e das relações de poder e resistência, assuntos estes abordados a partir de autores que tratam de temas envolvendo a cultura e o multiculturalismo. Esse será o ponto de partida para o aprofundamento da questão ligada à legitimação do respeito à diversidade da orientação sexual, visto que é a partir da formação da identidade que o indivíduo se reconhece e reconhece seus pares.

A fim de se conceber o reconhecimento da diversidade da orientação sexual, será abordado, igualmente, a questão da construção do reconhecimento desta, posto que essa é uma das facetas que compõe a identidade do ser humano. Assim, a questão referente ao reconhecimento da identidade sexual perpassa as relações de gênero, posto que a maioria dos indivíduos é concebido enquanto tal, a partir de um tipo de comportamento previamente estabelecido pelos padrões de dominação cultural do momento histórico.

Para tratar da construção social das relações de gênero será analisada, em especial, a situação das mulheres, que aprendem um comportamento sexual feminino submisso, muitas vezes baseado nas imposições sociais do que é proibido, permitido, adequado e inadequado. Contudo, essa realidade acaba por lhe negar o exercício pleno de sua sexualidade. Análogo à experiência das mulheres, encontra-se a vivência da sexualidade das pessoas homossexuais.

Na sequência do capítulo, serão abordadas as questões em torno do feminismo e das transformações que este movimento imprimiu nas relações humanas e na constituição da família, elementos estes que são importantes para a análise dos novos tipos de famílias formados na atualidade. O estudo do feminismo chama a atenção para a questão das dominações de gênero e econômica, sendo que o feminismo serviu, em muitos casos, de forma utilitarista às forças dominantes de produção de riqueza, a partir do momento que a sociedade liberal, patriarcal e capitalista aceita o trabalho da mulher sem remunerá-la adequadamente.

Ao mesmo tempo, não se nega jamais a importância do movimento feminista para a transformação nas relações humanas. Ao contrário, afirma-se que o mesmo foi imprescindível para que vários grupos vulneráveis como gays, lésbicas, negros, sem terras e pessoas com necessidades especiais ganhassem o espaço público e reivindicassem o reconhecimento das identidades diferenciadas. Contudo, o foco do discurso exposto visa demonstrar que o que se chama atualmente de conquistas do movimento feminista pode também ser chamado de aquisição de espaço em razão da obtenção de renda, fruto do trabalho que serve a manutenção dos interesses das forças de produção de capital.

Usando-se como paradigma cultural e social a história de lutas e conquistas das mulheres em prol do seu reconhecimento efetivo como cidadãs, será analisada a situação dos homossexuais¹ que, unidos à luta daquelas, buscam o respeito a sua individualidade, salientando-se que, embora estes já gozem de reconhecimento social, esse é estruturado de forma equivocada, posto que vincula o comportamento sexual desses sujeitos a concepções negativas de reconhecimento.

Diante de tais considerações, o estudo que segue destina-se a demonstrar que o reconhecimento social das identidades influencia o comportamento dos sujeitos que, atrelados a um padrão de adequação ou inadequação, acabam sendo incluídos ou excluídos da concepção de normalidade; contudo, como tais paradigmas são culturais, eles sofrem constantes transformações, acabando por propagar a tolerância ao comportamento homossexual, embora ainda lhes neguem o reconhecimento adequado e fundamentado na igualdade material.

Assim, o presente capítulo irá trabalhar na linha argumentativa, procurando demonstrar que as transformações sociais influenciam a diversidade cultural através da promoção do reconhecimento, que é construído a partir das identidades individuais e coletivas, as quais estão vinculadas ao comportamento sexual dos indivíduos e aos movimentos sociais que, em última análise, são as pedras que movimentam o lago das civilizações e criam as ondas que permitem a propagação da diversidade.

¹ Importante se faz salientar, no início do presente trabalho, que o termo “homossexuais”, a ser utilizado nessa dissertação, engloba gays, lésbicas, bixessuais, travestis e transgêneros.

1.1 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HUMANA ATRAVÉS DO PARADIGMA DO RECONHECIMENTO

Ao iniciar o estudo, é importante dispensar uma atenção especial na construção da identidade de cada indivíduo e de como ocorre o processo de reconhecimento dessa identidade, a partir de padrões instituídos na perspectiva individual e coletiva. Para tanto, serão abordados os fatores sociais que influenciam na formação da identidade e o papel da cultura nessa interação. Da mesma forma, as esferas do reconhecimento de identidades serão trazidas para o corpo do debate na perspectiva padrão de reprodução da ideologia dominante, como forma de manutenção do poder posto e na perspectiva de resistência e projeção antidominação. Nesse sentido, buscar-se-á verificar se a identidade é ou não apenas uma característica individual de um sujeito ou um processo de formação dessas características, não obtida naturalmente, mas sim a partir da interação da convivência com o outro em meio adverso.

Dentro desse contexto, será realizada uma breve reflexão a respeito da formação da identidade e das razões que poderão explicar padrões preconceituosos do comportamento humano que, em alguns casos, tornam-se violentos em relação a ações humanas diferenciadas, em especial a relação homossexual, que se encontra baseada em um comportamento antidominante, ou seja, fora do padrão imposto ideologicamente pelas forças da dominação e disseminado pela cultura, o da heterossexualidade.

A conceituação clássica de identidade a define como o conjunto de características próprias e exclusivas de um indivíduo.² Entretanto, tal explicação não basta para se compreender a complexidade que circunda o conceito referido, sendo necessárias reflexões mais profundas a respeito do assunto. Nas palavras de Taylor, identidade significa “[...] a maneira como uma pessoa se define, e como é que suas características fundamentais fazem dela um ser humano”.³ Entretanto, tal concepção se constrói a partir da inter-relação de um sujeito com ou outro, momento no qual ocorre o reconhecimento.

Assim, para dar início a jornada a que se propõe, em busca da compreensão efetiva do que seja identidade, faz-se a seguinte pergunta: O conjunto de características próprias e

² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado no Instituto Antônio Houaiss Lexicografia e banco de dados de Língua Portuguesa S/C LTDA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 282.

³ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 45.

exclusivas de um indivíduo é um fenômeno natural completo e acabado ou uma complexidade de características que sofrem influências externas, estando em constante modificação?

Os seres humanos necessitam conviver em sociedade para manterem-se vivos e evoluir como espécie e, “[...] esta adaptação ao mundo depende das relações construídas por esta espécie que necessita, impreterivelmente, de seu grupo para se humanizar”.⁴ De acordo com o sociólogo espanhol Castells⁵, a identidade envolve atores sociais⁶, sendo um fenômeno construído no contato e nas relações pessoais de um indivíduo com os demais do mesmo grupo ou de grupos diferentes, local de onde emanam os parâmetros do reconhecimento. Nesse sentido, o autor afirma que “[...] no que diz respeito a atores sociais, entendo por identidade o processo de construção de significado com base em atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual (ais) prevalece(m) sobre outras formas de significado”.⁷

Com relação à “identidade dos atores sociais”, Castells faz distinção entre os papéis sociais e a identidade dos sujeitos que desempenham os respectivos papéis. Assim, afirma que os papéis sociais são definidos pela estruturação social de organização dos indivíduos e dos grupos sociais, enquanto a identidade é a essência do indivíduo, construído por meio de um processo de individuação.⁸

Nas palavras do autor supramencionado, a identidade representa o desejo mais íntimo do indivíduo de viver e conviver, enquanto que a representação social lhe exige um determinado comportamento. Assim, se for usado o caso dos homossexuais como exemplo, pode-se afirmar que seu desejo íntimo é o de poder viver livremente sua sexualidade. Contudo, de acordo com o papel social imposto ao seu respectivo sexo, estes devem manter-se nos padrões pré-estabelecidos pela sua concepção dita “natural” do que se espera socialmente de uma pessoa do sexo masculino ou feminino.

O desejo íntimo de manifestação livre da orientação sexual dos homossexuais é um ideal de autenticidade, que significa a manifestação individual e particular de cada sujeito em construir sua condição humana. Diante disso, os homossexuais buscam o reconhecimento a

⁴ ANGELIN, Rosângela. O reconhecimento da identidade multicultural diante da dignidade da pessoa humana. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Orgs.). **Multiculturalismo em foco**. Santo Ângelo: Ediuri, 2010, p. 22.

⁵ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006.

⁶ O termo “atores sociais” é utilizado pelo autor Manuel Castells uma vez que, de conformidade com a concepção de identidade pronunciada pelo autor, as pessoas representam papéis sociais, e esses papéis que são construídos na relação com o outro, torna os indivíduos atores sociais.

⁷ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 22.

⁸ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 22-23.

fim de viver suas vidas de acordo com suas próprias vontades e desejos, sem precisar vestir uma máscara pintada cada vez que ultrapassam as portas da vida íntima.

Como ideal de autenticidade, Taylor apresenta as seguintes palavras:

Este ideal é de uma enorme força moral que chegou até nós. Faz a conciliação entre importância moral e um tipo de contato comigo mesmo, com minha própria natureza interior, que é vista como estando em perigo de se perder, em parte, devida as pressões que obrigam uma pessoa a virar-se para o exterior, mas também devido a uma possível perda de capacidade de ouvir essa voz interior quando assumo uma atitude instrumental em relação a mim mesmo.⁹

Não se poderia olvidar as contribuições ponderadas por Touraine referente à temática da identidade:

[...] chamo sujeito esse esforço do indivíduo para ser um ator, ou seja, para agir sobre seu ambiente e criar assim sua própria individuação, que chamo subjetivação a partir do momento em que se torna um objeto positivamente valorizado. Somente o indivíduo - que pode ser um ator coletivo - não tanto como um consumidor ou participante de diversos tipos de organização, mas como sujeito, ou seja, em sua vontade de individuação pode construir o princípio de mediação entre o mundo da instrumentalidade e o mundo da identidade [...].¹⁰

Contudo, a individuação, o exercício da autenticidade e a identidade dos atores sociais, somente são possíveis a partir da análise do oposto, qual seja, “o outro”. Nessa percepção, a busca pela individuação e preservação das características individuais e culturais em perfeita mediação com as características externas, apresentadas pelas instituições, somente é construída na percepção do outro, aqui utilizado no sentido do “diferente”.

Com isso, sábias são as palavras de Bauman¹¹ ao afirmar que a identidade é, sem sombra de dúvidas, um processo ambíguo, em que o autor chama de “faca de dois gumes”, para expressar a questão da resistência na formação da identidade, posto que os processos de resistência e pertencimento são formados ao mesmo tempo, em uma interação necessária para a construção do reconhecimento da respectiva identidade.

⁹ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 50.

¹⁰ TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade: o sujeito democrático**. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru, SP: EDUSC, 1998, p. 67-96.

¹¹ BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2005, p. 82.

Sim, a 'identidade é uma ideia inescapavelmente ambígua, uma faca de dois gumes'. Pode ser um grito de guerra de indivíduos ou das comunidades que desejam ser por estes imaginadas. Num momento o gume da identidade é usado contra as 'pressões coletivas' por indivíduos que se ressentem da conformidade e se apegam as suas próprias crenças (que 'o grupo' execraria com preconceito) e a seus próprios modos de vida (que 'o grupo' condenaria como exemplo de 'desvio' ou 'estupidez', mas em todo caso de anormalidade, necessitando ser curado ou punido). Em outro momento é o grupo que volta o gume contra o grupo maior, acusando-o de querer devorá-lo ou destruí-lo, de ter a intenção viciosa e ignóbil de apagar a diferença de um grupo menor [...]. Em ambos os casos, porém, a 'identidade' parece um grito de guerra usado numa luta defensiva [...].¹²

Castells traça perfis a partir de atores sociais, os quais possuem uma identidade individual privada e desenvolvem no grupo papéis sociais, criando um verdadeiro campo de batalha para a manutenção de suas características individuais em meio ao contexto cultural que lhes cercam.

[...] papéis (por exemplo, ser trabalhador, mãe, vizinho, militar, socialista, sindicalista, jogador de basquete, frequentador de uma determinada igreja e fumante, ao mesmo tempo) são definidos por normas estruturadas pelas instituições e organizações sociais. [...] Identidades, por sua vez, constitui fonte de significado para os próprios atores, por eles organizadas, e construída por um processo de individuação.¹³

O processo de individuação refere-se também ao esforço que o ator social desempenha para garantir suas características individuais e impedir que as ideias dominantes acabem guiando seu comportamento e determinando sua identidade, o que nem sempre é fácil, considerando o conjunto de mecanismos utilizados para garantir a manutenção de determinado padrão. É o esforço que o indivíduo faz para ser sujeito e mediar à relação entre as condições externas, impostas pelas instituições e as características internas. Assim, a individuação é o movimento que busca garantir o direito de igualdade e de respeito à diferença dentro do coletivo.¹⁴

Essa luta pelo exercício da individuação, também pode ser chamada de princípio da originalidade que deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira delas na relação de um

¹² BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2005, p. 82.

¹³ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 22-23.

¹⁴ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 26-27.

sujeito rodeado de outros sujeitos e, na segunda, a situação de uma cultura rodeada por culturas diversas de outros povos.¹⁵

O sujeito luta pela igualdade de direitos e pelo respeito à diferença, ou seja, o legítimo direito de ser diferente, e essa diferença de comportamento deve ser respeitada, ainda que identificada como uma determinada comunidade, ou seja, a igualdade aqui reclamada refere-se à igualdade de tratamento, respeito e oportunidade a todos os sujeitos em sua individuação sem que sejam transformados em massas identificadas por um determinado padrão comportamental.

Com a análise apresentada a respeito das questões que permeiam a identidade, pode-se responder a pergunta inicialmente proposta, afirmando que o conjunto das características próprias e exclusivas de um indivíduo é um processo em constante transformação, contudo deve ser norteadado pelo respeito à diferença, que nasce das características individuais de cada sujeito ou grupo social no processo de exercício de sua autenticidade e resistência ao padrão determinado pelas instituições e exigido, por elas, dos atores sociais.

Abordar a questão da igualdade e da diferença entre os seres humanos é fundamental para a compreensão da identidade que se forma a partir de processos de pertencimento e não pertencimento a determinadas condições sociais e culturais, ou seja, é nessa interação que o sujeito se percebe e percebe o outro. Assim, a identidade é um processo cultural formado a partir da observação do mundo exterior e das condições adversas de comportamento, na busca de uma libertação em relação aos padrões dominantes ou, simplesmente, no reconhecimento de sua diferença, a qual é complexa porque não representa o isolamento em relação ao comportamento dominante, mas, sim, no processo de visibilidade ao comportamento minoritário/excluído e diferente, que busca o respeito à condição diferenciada.

Conforme afirma magistralmente Silva¹⁶, identidade e diferença são criaturas da linguagem que andam lado a lado de forma inseparável, contudo em uma disputa constante pelo poder, já que nem uma, nem a outra atuam de forma inocente. Assim, pode-se afirmar que “[...] a identidade, tal como a diferença, é uma relação social. Isso significa que sua

¹⁵ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 51.

¹⁶ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.

definição - discursiva e linguística - está sujeita a vetores de força, a relação de poder. Elas não são simplesmente definidas; elas são impostas”.¹⁷

A análise aqui apresentada entende por linguagem não apenas a escrita e falada, mas também todo o conjunto de movimentos que demonstra o comportamento de determinado indivíduo, filiando-se, assim, ao mesmo conceito de linguagem oferecido por Taylor.

Tendo em atenção os objetivos a que me propus com este trabalho, defino *linguagem* no sentido lato, abarcando não só as palavras que proferimos, mas também outros modos de expressão, através dos quais nos definimos, incluindo as linguagens da arte, do gesto, do amor, e outra do gênero.¹⁸

Taylor pondera que a linguagem é um processo que precisa do diálogo, posto que não há como ocorrer à auto definição, o desenvolvimento da autenticidade e o reconhecimento, sem a interação e sem a convivência com o outro, através do diálogo.¹⁹ O ser humano é um ser social que se humaniza e constrói sua identidade através da convivência com o outro e, a partir de um processo simbólico e social pautado pela inserção ou não em determinados padrões gerais de aceitação ou negação, transmitidos geracionalmente através do diálogo.

A representação, compreendida como um processo cultural estabelece identidades individuais e coletivas e os sistemas simbólicos nos quais ela se baseia fornece possíveis respostas as questões: Quem sou? O que eu poderia ser? Quem eu quero ser? Os discursos e os sistemas de representação constroem os lugares a partir dos quais os indivíduos podem se posicionar e a partir dos quais podem falar.²⁰

Para que um ser humano possa ser percebido como homem, branco, heterossexual e europeu, é necessário a existência do outro enquanto homem, negro, homossexual, latino-americano. Assim, é no confronto da diferença que o embate pela individuação é desenvolvido. Conforme afirmação de Touraine, “é no extremo oposto de todo princípio

¹⁷ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 81.

¹⁸ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 52.

¹⁹ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 52-53.

²⁰ WOODWARD, Hathyn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2000, p. 17.

universalista que é preciso procurar um princípio de igualdade, na vontade e no esforço de cada um para ser diferente de todos os outros e criar sua própria vida particular”.²¹

Para melhor compreender a afirmação acima exposta, é possível utilizar como exemplo a questão da homossexualidade, sendo que, nessa percepção, os homossexuais representam o comportamento minoritário/excluído em relação aos heterossexuais, que nesse contexto atuam como poder dominante. Nessa situação, cabe aos homossexuais a inserção no universo heterossexual a fim de exigir o respeito, ou melhor, o reconhecimento da orientação do seu desejo sexual, que é diferente da orientação heterossexual, tida como “correta”. Contudo, não é crível que aqueles construam um mundo paralelo, possivelmente, baseado nos mesmos padrões que os repelem e, então, a partir do isolamento, conquistem seu reconhecimento apenas entre os iguais.

Canclini, ao fazer uma reflexão sobre identidade, sua construção e a forma como se inter-relaciona com a cidadania, um dos sistemas simbólicos, afirma o que segue:

[...] a reflexão atual sobre a identidade e a cidadania precisa situar-se com relação a vários suportes culturais, e não só com o folclore ou a discursividade política, como ocorreu nos nacionalismos do século XIX e princípios do século XX. Deve-se levar em conta a diversidade de repertórios artísticos e de meios de comunicação que contribuem na reelaboração das identidades. Por isso mesmo, seu estudo não pode ser tarefa de uma única disciplina (a antropologia ou a sociologia política), mas de um trabalho transdisciplinar, em que intervenham especialistas em comunicação, semiólogos, urbanistas, e onde seria útil que participassem outros *experts* como os economistas e os biólogos, que se ocupam de cenários decisivos para a recomposição atual das identidades.²²

Portanto, se faz necessário compreender que a identidade é um processo elaborado a partir da compreensão do comportamento do indivíduo e sua posição diante das mais adversas situações as quais é submetido dentro do convívio social. Com isso, a questão do reconhecimento é discussão obrigatória em razão de sua relação direta com a identidade, de acordo com Taylor.

Assim, a descoberta da minha identidade não significa que eu me dedique a ela sozinha, mas, sim, que eu a negocie, em parte, abertamente, em parte, interiormente, com os outros. É por isso que o desenvolvimento de um ideal de

²¹ TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru, SP: EDUSC, 1998, p. 71.

²² CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 1995, p. 148.

identidade gerado interiormente atribui uma nova importância ao reconhecimento. Minha própria identidade depende, decisivamente, das minhas reações dialógicas com o outro.²³

Com isso, compreende-se que a construção da identidade se dá a partir da convivência com o outro, da relação com o outro, da imagem que o outro projeta de mim, sem que isso signifique uma relação de dependência, absoluta e incondicional da existência do outro, mas sim, representa uma necessidade, uma maneira paradigmática de autorrepresentação na convivência com outras pessoas, as quais podem ser simpáticas ou avessas ao comportamento do indivíduo. O mesmo autor, referindo-se à questão do reconhecimento e da necessidade do diálogo, lembra de que, em muitos casos, o convívio implica na produção do reconhecimento equivocado. Nesse sentido,

[...] a tese consiste no fato de a nossa identidade ser formada, em partes, pela existência ou inexistência do reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por ela mesma.²⁴

É a relação entre identidade e reconhecimento que influencia o comportamento e a cultura de cada grupo social. Contudo, não existem garantias de que o reconhecimento e a construção da identidade ocorram num ambiente saudável, isento de pré-julgamentos, influências econômicas e padrões pré-estabelecidos, razão esta que explica, contudo não justifica, na ocorrência de grupos em situação de vulnerabilidade, uma vez que esses grupos são os resultados do reconhecimento equivocado que acaba por submeter indivíduos a vontade dominante e a padrões, sendo ignoradas ou até desprezadas as características individuais motivadoras das diferenças. Nesse contexto, Angelin retoma os ensinamentos de Maclaren a cerca das “identidades simuladas”:

Outro aspecto a ser considerado é o que Maclaren caracteriza de “identidades simuladas”, ou seja, ele afirma que as *identidades* das sociedades estão sendo negociadas por interesses financeiros, estratégias de marketing e posições sociais e

²³ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 54.

²⁴ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 45.

estatais que beneficiam um determinado grupo de seres humanos e geram um empobrecimento material e intelectual da população.²⁵

A reprodução do padrão dominante pelos grupos minoritários isolados é o que Bourdieu²⁶ chama de desvio etnológico na relação do movimento feminista com o padrão machista dominante, chamando a atenção para o fato de que os padrões que servem de paradigmas para as respectivas reflexões sobre diferença e reconhecimento das mulheres estão baseados num comportamento masculino dominante já incorporado.

[...] quando tentamos pensar a dominação masculina, corremos o risco de recorrer ou nos submetemos a modos de pensamento que são, eles próprios, produtos de milênios de dominação masculina. Queiramos ou não, o analista, homem ou mulher, é parte e parcela do objeto que tenta compreender. Pois ele ou ela interiorizou, na forma de esquemas inconscientes de percepção ou apreciação, as estruturas sociais históricas da lei masculina.²⁷

Com tal afirmação, Bourdieu lembra, a todo o momento, que algumas formas de pensamento estão corporificadas no indivíduo, seja ele homem ou mulher, e essas percepções conduzem a conclusões entalhadas na dominação masculina, ainda que o escopo da fala seja contra tais práticas. Nessa mesma linha de discussão, o autor pondera que a simbologia desse poder de dominação, dito mágico, contribui muito para a imposição de comportamentos e, conseqüente construção da identidade, mesmo que à revelia:

Os atos de conhecimento e reconhecimento práticos da fronteira mágica entre os dominantes e os dominados, que a magia do poder simbólico desencadeia, e pelos quais os dominados contribuem muitas vezes à sua revelia, ou até contra sua vontade, para sua própria dominação, aceitando tacitamente os limites impostos, assumem muitas vezes a forma de *emoções corporais* – vergonha, humilhação, timidez, ansiedade, culpa – ou de *paixões* e de *sentimentos* – amor, admiração, respeito [...].²⁸

²⁵ ANGELIN, Rosângela. O reconhecimento da identidade multicultural diante da dignidade da pessoa humana. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Orgs.). **Multiculturalismo em foco**. Santo Ângelo: Ediuri, 2010, p. 24.

²⁶ BOURDIEU, Pierre. Conferência do prêmio Goffman: a dominação masculina revisitada. Universidade da Califórnia, Berkeley. In: LINS, Daniel (Org.). **A dominação masculina revisitada**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1998a.

²⁷ BOURDIEU, Pierre. Conferência do prêmio Goffman: a dominação masculina revisitada. Universidade da Califórnia, Berkeley. In: LINS, Daniel (Org.). **A dominação masculina revisitada**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1998a, p. 13.

²⁸ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 51.

Não se pode olvidar, diante da análise de Bourdieu, que é esse poder simbólico e mágico que determina às relações sociais, a forma de ver o mundo e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico de um Estado. Angelin reforça o exposto:

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico não é só construído a partir da realidade cultural e social de um povo. A criação das normas não pode ser romantizada a esse ponto. Seria um ato de ignorância descabida, uma vez que, a criação das normas de um Estado de Direito estão intrinsecamente ligadas às relações sócias de poder, muitas vezes representada por pequenos grupos que buscam a satisfação de “necessidades” próprias, em detrimento da maioria do povo e, diante disso, se utilizam do poder de criar leis e, como consequência, alterar a cultura de um povo ou reforçar o preconceito cultural.²⁹

O ideário de reconhecimento, que em última análise é a efetivação da igualdade nas relações humanas, é adquirido a partir da convivência das diferenças e não com o isolamento das minorias, nem com a reprodução pelas minorias do padrão da dominação. É a convivência com a diferença que serve como incubadora para a construção da identidade e para o reconhecimento, sendo que a exclusão ou segregação não são fontes fecundas para o desenvolvimento de tais construções.

A partir dessa linha de raciocínio, Touraine³⁰ cita o exemplo da França que, por muito tempo, deixou de reconhecer o movimento feminista e homossexual, da mesma forma que fechou os olhos para o massacre dos judeus. Ignorando a existência de tais condições, esse país deixou claro que negava o reconhecimento à cultura feminista, homossexual e judaica, ou seja, a França ignorava os reais princípios motivadores de tais identidades em razão de proclamar a defesa de alguns princípios gerais preconceituosos. Contudo, esse movimento de negação, desempenhado pela condição de dominação do Estado, acabou por massacrar e impor tratamento desumano aos próprios cidadãos do Estado francês. Com isso, não é correto o Estado eleger princípios gerais de comportamento em detrimento de outros padrões de comportamentais, sob pena de se dar efetividade à desigualdade, já que a construção da identidade é um processo inacabado de busca do autoconhecimento, construído na percepção do outro. Porém, esse é um processo bastante complicado em vista de o Estado de Direito ser

²⁹ ANGELIN, Rosângela. O reconhecimento da identidade multicultural diante da dignidade da pessoa humana. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Orgs.). **Multiculturalismo em foco**. Santo Ângelo: Ediuri, 2010, p. 22.

³⁰ TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru, SP: EDUSC, 1998, p. 75.

coordenado por pessoas que possuem poder de criar e revogar regras oficiais de conduta social.

Castells³¹ afirma existir três formas de origem e construção de identidade, descrevendo-as como a identidade legitimadora, a identidade de resistência e a identidade de projeção. Assim, o autor afirma que a “[...] identidade legitimadora dá origem a uma sociedade civil”.³² A sociedade civil, por ser um grupo organizado de instituições que agem em contradição às forças da dominação, acabam por muitas vezes reproduzirem a ideia estrutural que combatem, trazendo em si, ao mesmo tempo, uma concepção positiva envolta de mudanças e outra concepção negativa, ou seja, reprodutora do poder dominante.

Tal afirmação pode parecer surpreendente para alguns leitores, pois o termo sociedade civil geralmente carrega consigo uma concepção positiva de mudança social democrática. Entretanto, esta é na verdade a concepção original de sociedade civil conforme formulada por Gramsci, o mentor intelectual deste conceito ambíguo. Na concepção de Gramsci, ‘a sociedade civil é construída por uma série de aparatos’, tais como: a(s) Igreja(s), sindicatos, partidos, cooperativas, entidades civis e etc. que, se por um lado prolongam a dinâmica do Estado, por outro estão profundamente arraigado às pessoas. É precisamente esse duplo caráter da sociedade civil que a torna um terreno privilegiado de transformação política, possibilitando o arrebatamento do Estado sem lançar mão de um ataque violento e direto. A conquista do Estado pelas forças da mudança (digamos as forças do socialismo, no universo ideológico de Gramsci) presente na sociedade civil é possibilitada justamente pela continuidade da relação entre as instituições da sociedade civil e os aparatos do poder do Estado, organizados em torno de uma identidade semelhante (cidadania, democracia, politização da transformação social, confinamento do poder ao Estado e às suas ramificações, e outros similares). Onde Gramsci e Tocqueville veem democracia e civilidade, Foucault e Sennet e, antes deles, Horkheimer ou Marcuse veem dominação internalizada e legitimadora de uma identidade imposta, padronizada e não diferenciada.³³

Para superar a questão da identidade legitimadora e a reprodução do comportamento padronizado, dominante e não diferente, o autor acima citado propõe a ideia de identidade destinada à resistência, na qual o indivíduo vai se unir ao grupo ao qual se identifica, partindo de uma concepção de desvalorização ou estigmatização para criar uma identidade coletiva, a fim de montar trincheiras no movimento de dominação. Por fim, existe o que Castells chama de identidade de projeto, a qual representa a real da libertação, posto que o sujeito, o ator

³¹ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 24.

³² CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, loc. cit.

³³ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 24-25.

social, constrói sua identidade baseado num projeto de vida diferente, ou seja, contra dominante.³⁴

Contudo, a construção da identidade não é um fenômeno estático, podendo variar de acordo com as conotações sociais as quais o sujeito é submetido. Castells salienta que “[...] identidades que começam como resistência podem acabar resultando em projetos, ou mesmo tornarem-se dominantes nas instituições da sociedade, transformando-se assim em identidades legitimadoras para racionalizar a sua dominação”.³⁵ Essa construção da identidade e a busca pelo reconhecimento é um processo intimamente ligado a cultura, sendo os processos culturais que dão sustentação ao reconhecimento de determinados nichos sociais e, conseqüentemente, a construção de identidades e individualizações.

Importante se faz ressaltar, novamente, que o reconhecimento das identidades ocorre na interação do indivíduo com o grupo e, os padrões que delimitam o comportamento do grupo e do sujeito são obtidos através de processos culturais transmitidos de forma geracional.

Do nascimento à morte, o homem vive a vida como membro de uma *sociedade*. E viver em uma sociedade é estar em constante e permanente influência social. A característica central de uma sociedade é ser uma *coletividade organizada* de pessoas que *integrem*, e cujas atividades se centralizem em volta de um conjunto de *objetivos comuns*, e que tendem a ter *crenças comuns e modos de ação comuns*.³⁶

A coletividade organizada tende a criar uma cultura local que estabelece as regras de comportamento, dividindo-as em comportamentos premiados ou reprimidos, num movimento de manutenção de uma cultura totalitária e impenetrável.

O poder de definir a identidade e a diferença, de acordo com o proclamado por Silva³⁷, é demonstrado pelo desejo de sobreposição de um comportamento em detrimento do outro, ou seja, determinado grupo social atua de forma a garantir seu padrão de “vida boa”, baseado na supressão de acesso de outro grupo social ao mesmo padrão, numa cultura de ganhos e perdas, isso é, para que algo seja considerado correto, obrigatoriamente o outro terá o rótulo de errado.

³⁴ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p.27.

³⁵ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 24.

³⁶ KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L.; **O indivíduo na sociedade**. Um manual de psicologia social. Vol. 2. Tradução de Dante Moreira Leite e Miriam L. Moreira Leite. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1975, p. 357.

³⁷ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 81.

A afirmação de identidade e a enunciação de diferença traduzem o desejo dos diferentes grupos sociais, assimetricamente situados, de garantir o acesso privilegiado aos bens sociais. A identidade e a diferença estão, pois, em estreita conexão com relação de poder. O poder de definir a identidade e de marcar a diferença não pode ser separado das relações mais amplas de poder. A identidade e a diferença não são, nunca, inocentes.³⁸

Nesse aspecto, vão sendo criadas posições, papéis e grupos sociais, ou seja, atores sociais, que atuam de forma diferente, dependendo do local onde o papel é desenvolvido, recebendo tratamento diferenciado pelos seus pares, dependendo da condição ocupada, de dominação ou de submissão. Sendo assim, Angelin e Maders salientam a importância das relações dialógicas no contexto da construção da identidade, lamentando o desequilíbrio de poder muitas vezes existentes nestas relações:

O reconhecimento da identidade depende de relações dialógicas entre os seres humanos, construídas com relações afetivas, de trabalho e sociais. Essas relações ditas dialógicas, especificadamente no caso das relações de gênero, infelizmente ocorrem de forma desequilibrada, dado o fato de que existe uma relação de poder oriunda de uma construção social [...].³⁹

Krech demonstra, de forma transparente, as questões relacionadas ao tratamento dispensado a cada fator social:

[...] o tratamento diferente dado a pessoas que ocupam um lugar especial, por exemplo, 'meninos', é orientado pelas expectativas de papel aceito pelas pessoas da comunidade. Essa expectativa quanto ao comportamento dos meninos, atua como orientação para a educação e socialização dos meninos. Quando um menino americano brinca com bonecas é punido com o ridículo 'olha o mariquinha'. Quando joga futebol, é premiado com elogio: 'é um menino de verdade'.⁴⁰

Como se verifica na citação mencionada, o comportamento de cada indivíduo é forjado de acordo com as concepções sociais que se espera daquele determinado ator social

³⁸ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 81.

³⁹ ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. A construção da equidade nas relações de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: avanços e desafios. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL' OMO, Florisbal de Souza (Orgs.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Vol. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 127.

⁴⁰ KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L. **O indivíduo na sociedade**. Um manual de psicologia social. Vol. 2. Tradução de Dante Moreira Leite e Miriam L. Moreira Leite. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1975, p. 361.

que ocupa uma respectiva posição social. Contudo, a questão que se deve abordar é de onde vem quem determina e como se formam os padrões de comportamento que se espera de cada indivíduo, os quais irão interferir de forma vigorosa na individuação de cada sujeito. A cultura, nesse contexto, é a grande mãe que forja as expectativas de comportamento de cada sujeito, e esse comportamento é uma via de mão dupla, posto que, assim como emana sua influência no comportamento de cada sujeito, recebe deste a influência recíproca.

Nesse sentido, a linguagem, a crença religiosa, a orientação política, a concepção de valores, as expectativas, o comportamento, a forma de vestir, de se relacionar, de se alimentar, e de conduzir a vida são todos fenômenos decorrentes da interação cultural na formação da individuação de cada sujeito que, em alguns momentos, pode ser considerado um exemplar reduzido de todo o comportamento adquirido através do processo cultural.⁴¹

O fenômeno cultural é compreendido como a representação simbólica de estruturas previamente definidas pelo contexto, ou seja, a forma de atuação de cada ator social é forjada de acordo com as representações simbólicas incorporadas pelo meio social e amplamente admitidas pela comunidade na qual o sujeito está inserido. Isso é o que Bourdieu⁴² vai chamar de poder simbólico das ações humanas.

Tem-se como concepção clássica de cultura a utilizada pelos filósofos e historiadores alemães durante os séculos XVIII e XIX, na qual cultura é o processo de desenvolvimento da inteligência e do espírito. Assim, “[...] o termo cultura era, geralmente, usado para se referir a um processo de desenvolvimento intelectual e espiritual, um processo que difere sob certos aspectos de civilização”.⁴³ Nesse momento histórico e de acordo com os pensadores alemães, o termo cultura continha um significado diferente da concepção do termo civilização, restrito apenas ao comportamento padrão da sociedade.

A concepção antropológica de cultura refere-se à divisão entre a concepção descritiva e a concepção simbólica, sendo a primeira caracterizada por valores, crenças, costumes, hábitos e práticas específicas de uma determinada sociedade, enquanto a segunda dedica-se a compreensão da interpretação dos símbolos.⁴⁴ Os fenômenos culturais estão sempre inseridos em um contexto social previamente estruturado, e essa estruturação decorre, de regra, de uma

⁴¹ KROEBER, A. L. *Anthropology: race, language, culture, psychology*. Ed. Rev., Nova York: Harcourt, Brace, 1948. In: KRECH, David.; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L.; **O indivíduo na sociedade**: um manual de psicologia social. Vol. 2. Tradução de Dante Moreira Leite e Miriam L. Moreira Leite. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1975, p. 393.

⁴² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998b, p. 322.

⁴³ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 166.

⁴⁴ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 168.

organização social previamente estabelecida pelo poder dominante, ou seja, a interpretação dos símbolos que representam o fenômeno cultural é determinada pela concepção dominante amplamente aceita pelo contexto social.

Nessa perspectiva estrutural as interpretações das representações simbólicas dos fenômenos culturais podem ser distinguidas em cinco espécies que, segundo Thompson,⁴⁵ restam classificadas da seguinte forma: a) intencional; b) convencional; c) estrutural; d) referencial; e e) contextual, sempre lembrando que a representação é fruto do contexto social.

Assim, tem-se por *interpretações intencionais* dos símbolos o objetivo final do comportamento do indivíduo, ou seja, quando uma determinada pessoa se comporta de forma solícita em relação à outra pessoa, ou em relação a uma determinada situação é porque seu objetivo final, sua intenção, é dizer, através de símbolos, concebidos culturalmente, que compartilha do mesmo pensamento que seu interlocutor, ao passo que comportamentos hostis ou irônicos representam uma simbologia de rejeição e contradição em relação ao comportamento do interlocutor. Para tanto, cabe afirmar que “[...] as formas simbólicas são produzidas, construídas e empregadas, por um sujeito que, ao produzir e empregar tais formas, está buscando certos objetivos e propósitos e tentando expressar aquilo que ele ‘quer dizer’ ou ‘tencionar’ nas e pelas formas acima produzidas”.⁴⁶

Já as *interpretações convencionais*, referidas por Thompson, são as obtidas através da utilização de códigos, regras e convenções. Contudo, aqui se deve tomar cuidado para as percepções obtidas a partir das codificações (quando o sujeito emana uma mensagem) e das decodificações (a recepção da codificação e sua respectiva interpretação por outro sujeito) já que, nessa interação, as interpretações convencionais podem diferir de pessoa para pessoa, uma vez que a representação simbólica de um fenômeno cultural convencional de uma parte pode ser diferente da representação da outra.⁴⁷

A *interpretação estrutural* é baseada na construção de significados, a partir de regras pré-estabelecidas que encontram-se ligadas à *interpretação contextual*, posto que a estrutura da interpretação do fenômeno cultural é inseparável do contexto no qual o fenômeno ocorreu, ou seja, a estrutura da interpretação de um fenômeno cultural está baseada no contexto

⁴⁵ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 168.

⁴⁶ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 183.

⁴⁷ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 185. Como exemplo, pode-se utilizar a “[...] interpretação de um texto específico, que para o escritor, tem um determinado sentido, contudo pode obter conotação diferente quando analisado pelo leitor”. (THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 185.).

histórico-social que circunda determinado acontecimento.⁴⁸ Nessa perspectiva, impor tratamento diferenciado para mulheres e homens, obrigando aquelas a se submeter a estes e, por exemplo, cobrirem todo o corpo, somente se justifica em um contexto cultural muçulmano, não sendo a mesma regra admitida pelos padrões ocidentais de relacionamento entre homens e mulheres.

Seguindo a classificação de Thompson, a *interpretação referencial* encontra-se baseada na premissa de que toda e qualquer atitude é uma construção que representa algo, refere-se a algo, e diz algo sobre alguma coisa. Então, pode-se afirmar que a identidade somente se constrói na diferença, porque o processo cultural é um fenômeno de inter-relação de referências e significados, que acaba impondo determinado comportamento em razão do referencial agregado a esse comportamento.⁴⁹

Salienta-se ainda, que a interpretação não é um processo isolado que ocorre apenas de uma forma, mas sim um processo complexo de compreensão e transmissão da cultura através da disseminação dos símbolos.

Os ‘sistemas simbólicos’, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante por que são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo que Durkheim chama de *conformismo lógico*, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências’.⁵⁰

Com isso, os fenômenos culturais reproduzidos pelos sujeitos são frutos de uma estrutura previamente estabelecida e diretamente ligada a interesses que privilegiam a manutenção de um comportamento padrão baseado em um consenso, gerando, assim, uma falsa ideia de segurança social. Diante disso, pode-se afirmar que “É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os ‘sistemas simbólicos’ cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação”.⁵¹

⁴⁸ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 189.

⁴⁹ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995, p. 191. Como exemplo, pode-se citar a questão de meninas brincarem de bonecas, enquanto meninos brincam de carrinho, ou seja, o significado ligado a boneca e ao carrinho são as referências do comportamento feminino e masculino, respectivamente.

⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998b, p. 9.

⁵¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998b, p. 11.

Assim, o campo da atuação simbólica é fruto de uma ideologia de dominação que busca a manutenção do estado de consenso, a fim de obter “vantagens” de diversos tipos, sem que sejam obrigados a distribuírem de forma igualitária os produtos obtidos com a dominação.

[...] as facções dominantes, cuja poder assenta no capital econômico, tem em vista impor a legitimidade da sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por meio dos ideólogos conservadores os quais só verdadeiramente servem aos interesses dos dominantes por acréscimo, ameaçando, sempre, desviar em seu proveito o poder de definição do mundo social que detém por delegação.⁵²

Portanto, esse poder simbólico que busca determinar o comportamento humano de acordo com a representação absorvida de cada símbolo das ações humanas, equivale ao próprio exercício da força física para a manutenção da dominação. Dessa forma, os sujeitos, na construção de suas identidades, acabam incorporando comportamentos que são fruto de uma organização estruturada com determinações e significados. Nesse sentido, o movimento de resistência aos comportamentos padrões ou a ação contrária aos limites previamente estabelecidos são punidos, uma vez que são vistos como transgressores dos padrões tidos como corretos. Percebe-se que uma das maiores punições ocorre através do não reconhecimento de um comportamento diferenciado, ou seja, do preconceito e da discriminação, como ocorre com o caso dos homossexuais.

Especificamente, em relação ao preconceito e a discriminação, Rios os definiu respectivamente da seguinte forma:

Por *preconceito* designa-se a percepção mental negativa em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos individuais e dos grupos.⁵³

Nesse contexto, tudo que estiver fora do padrão é visto como errado e passível de punição. Contudo, não se pode olvidar que quem define o aceitável e o não aceitável são as

⁵² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998b, p. 12.

⁵³ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15.

forças simbólicas de manutenção do poder dominante, e estas estão interessadas apenas em seu próprio bem estar, desconsiderando e ou utilizando o “diferente” para benefício próprio. Esta ação acaba por influenciar o comportamento social, a conduta das instituições e o próprio ordenamento jurídico, razão essa que explica a dificuldade de compreensão, respeito e aceitação de toda e qualquer conduta diferenciada.

Conforme a argumentação apresentada, até o momento, é possível afirmar que o conjunto de características próprias e exclusivas de um indivíduo não é um processo natural e acabado, e sim uma construção de significados influenciada pela cultura, que resultam em identidades de legitimação do padrão ou resistência a esse padrão. Contudo, não se trata de eleger comportamento correto em detrimento de comportamentos tidos como desviados, mas sim de se desenvolver uma relação de igual respeito à identidade de resistência e a identidade de legitimação; posto que, se a resistência se tornar padrão e se nessa jornada não se tomar cuidado com as armadilhas da dominação, acabará por reproduzir o mesmo comportamento dominador, embora baseado em ideologia diversa.

A identidade é, assim, o fruto do reconhecimento de um comportamento social, cultural e ideológico absorvido por cada sujeito, não representando uma característica natural do sujeito, muito menos exclusiva, posto ser esta construída na relação e na observação do outro e dos padrões de aceitação e reconhecimento das pessoas.

O processo de construção da identidade vem marcado por percepções individuais e coletivas influenciadas pela cultura social, que produzem padrões de reconhecimento nas mais diversas áreas de atuação e existência dos indivíduos. Assim, o sujeito é projetado em diversas facetas, tais como: profissão, gênero, orientação sexual, classes sociais, partidos políticos, amizades, gêneros comportamentais, comportamento social, enfim, é formado por um conjunto de atuações que acabam por representar sua autenticidade, ou seja, suas características íntimas e sociais que o tornam humano, sendo que tais manifestações são demonstradas pela linguagem e, principalmente, pela simbologia que emanam em suas atitudes e comportamentos sociais.

Dessa forma, a seção que segue tratará especificamente da construção e do reconhecimento da identidade sexual dos indivíduos, a qual ultrapassa a questão simplista de gênero e invade a seara da sexualidade, atingindo ao final um ideário de representação de

sexualidade a partir da cultura *queer*⁵⁴, que supera a relação de gênero e prega o desenvolvimento livre e autêntico da diversidade de orientação sexual. Para tanto, o diálogo a seguir se desenvolve na faceta da sexualidade, sendo esse diálogo o ponto de observação do indivíduo, ressaltando a importância da sexualidade para a construção da identidade e do diálogo de legitimação da diferença.

1.2 A INFLUÊNCIA DO RECONHECIMENTO NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE SEXUAL

Como visto na abordagem anterior, a questão da identidade está ligada a necessidade de reconhecimento no outro, ou seja, para que a identidade de um determinado sujeito seja configurada é essencial a representação do outro, o reconhecimento do outro e a identificação com este. A identidade se constrói a partir de um determinado referencial, e este só é tangível na confrontação mínima de dois indivíduos, quais sejam, o eu e o outro.

Na presente explanação, será feita uma abordagem sobre a construção da identidade sexual a partir das relações de gênero masculino e feminino e da leitura de papéis sociais atribuídos aos homens e às mulheres, padrão este de reconhecimento imposto pelo poder dominante, o qual é criticado por diversos autores que oferecem, na mudança de paradigmas dos padrões de comportamento sexual, a possibilidade do exercício livre da sexualidade, diante do reconhecimento da diversidade.

A questão da homossexualidade está diretamente ligada ao assunto aqui abordado, posto que a identidade sexual, na atualidade, encontra-se construída dentro de um padrão social preconceituoso, e o desejo sexual entre pessoas do mesmo sexo acaba representando uma “ameaça” a simbologia dominante de afirmação e reprodução do modelo heterossexual

⁵⁴ “A recente literatura “queer”, que conscientemente transcende as categorias sexuais ordenadas, toma como ponto central de sua lógica a dissolução do binômio identidade sexual/desejo. Esta é a base do desafio “queer” em face da hegemonia da heterossexualidade. O termo pejorativo “queer” foi reivindicado não para indicar outra categoria sexual, como a alteridade para gays e lésbicas, mas para identificar um processo pelo qual identidades sexuais e expressões do desejo podem ser libertadas de tais estruturas. “*Queer*” não opera como um rótulo para um novo e fixo “sujeito sexual”, mas provém uma categoria ontológica dentro da qual é conformado o enfoque binário do discurso modernista [...]. Segundo N. Bamforth, a teoria “queer theory”, não aceita a compreensão dominante da sexualidade, como categoria de gay, lésbica ou heterossexual. Designar-se “queer” é se revelar como uma pessoa vê a si mesma (negativamente) em relação a compreensões convencionais sobre a sexualidade; a identidade “queer” pressupõe um caráter provisório para todas as categorias sexuais, tidas como mutáveis e fluídas.” (HAWKES, Gail. *A sociology of sex and sexuality*, Philadelphia: Open University Press, 1996. Apud: RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 61.).

de comportamento e conduta. Contudo, registros históricos demonstram que a maior marginalização da homossexualidade se manifesta com o advento do cristianismo e a supremacia da igreja católica.⁵⁵

Existem relatos, na história da humanidade, de relações homossexuais em diversas civilizações, não sendo possível fixar uma data específica de introdução desse tipo de relacionamento.⁵⁶ Contudo, nos tempos mais longínquos, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram utilizadas como um rito de passagem ou de subordinação de um guerreiro mais antigo em relação a um recentemente iniciado, assim, como uma forma de transmissão de conhecimento sem, contudo, tal prática ser reprovada pela civilização onde estava inserida, da mesma forma que, tal relação não era reconhecida como entidade familiar.⁵⁷

Através de relatos históricos, percebe-se que a relação homossexual existente entre um cidadão ateniense e um adolescente, em muito se diferenciava da relação afetiva hoje vivenciada pelos casais de gays e lésbicas. A relação de pederastia prevalente no império Grego não pressupunha a construção de identidade homossexual nos modelos atuais, nem tampouco, o relacionamento amoroso capaz de construir uma estrutura familiar, posto que tal relacionamento, de conformidade com a concepção Grega, contrariava a ordem natural.⁵⁸

No mesmo sentido, Catonné afirma que a homossexualidade grega (pederastia) difere significativamente da concepção moderna, posto que na Grécia não existia uma relação de afeto envolvendo a homossexualidade, mas sim uma relação de inserção social do adolescente no mundo adulto, ou seja, manter relações homossexuais era uma forma de reconhecimento social de passagem para a vida adulta. O autor afirma que “[...] não há homossexualidade grega, no sentido moderno que damos a esta noção. Para o Homem, o desejo sexual, desde que seja ativo, pode voltar-se tanto para o sexo oposto, como para o seu próprio sexo”.⁵⁹

⁵⁵ Importante se faz registrar que o texto bíblico de Juízes, 19, 22-24 condenava as práticas homossexuais. “Traga para fora o homem que está na sua casa! Nós queremos ter relações com ele. Aí o velho saiu e disse: - Não, meus amigos! Por favor, não façam essa coisa tão má e tão imoral! [...]”. (BÍBLIA. Juízes, 19, 22-24. **Bíblia Sagrada**. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000).

⁵⁶ Fica sugerida a leitura das seguintes obras de Foucault que, de uma forma bastante aprofundada, tratam do tema: FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 21. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011 e FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

⁵⁷ CATONNE, Jean-Philippe. **A sexualidade, ontem e hoje**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 33-35.

⁵⁸ MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro, Ed. Gramond, 2005, p. 39.

⁵⁹ CATONNE, Jean-Philippe. **A sexualidade, ontem e hoje**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 37-38.

Desta forma, o homem grego, nos limites da vida privada, desfrutava de uma relação heterossexual para fins específicos de procriação, enquanto que na vida pública demonstra sem pudores sua preferência por rapazes, representando a relação homossexual, um processo integrador do adolescente à cidade pelo aprendizado de seu papel social e político.⁶⁰

Como se denota a partir das passagens acima transcritas, a homossexualidade na antiguidade representava um padrão de comportamento público, identificado com o reconhecimento de uma relação de poder, ou seja, a relação homossexual era vista como um símbolo que outorgava a determinado indivíduo o exercício do poder.

Claramente, a falada “liberalidade” da Atenas antiga em relação à homossexualidade não era de modo algum tão liberal, pois também servia para manter a associação do sexo com dominação. [...] Desse modo, a sociedade ateniense tentou garantir que todas as relações envolvendo homens, homossexuais ou heterossexuais, se conformassem ao modelo de dominação; em outras palavras, que cumprissem a exigência de o senão *não* ser um ato de troca de prazer entre iguais, mas de dominação e submissão.⁶¹

Contudo, diante de um salto histórico, é possível perceber que a Igreja Católica, na Idade Média, passou a proibir qualquer tipo de relação que visasse exclusivamente o prazer, determinando que o sexo deveria ser utilizado apenas como forma de reprodução e formação da família e, assim, intrinsecamente, determinou que as relações sexuais somente poderiam ocorrer entre pessoas de sexo diverso, sob pena das pessoas estarem praticando um contundente “pecado”. Sendo assim, o cristianismo desqualificou rigorosamente as relações entre pessoas do mesmo sexo, ou melhor, o próprio ato sexual.

[...] até o dia de sua morte, todos os seres humanos nascidos nesta terra através da relação sexual, sofrem a maldição do pecado da desobediência de Adão e Eva. [...] o dogma de Agostinho de que o sexo é inerentemente, e eternamente, pecaminoso se tornou um dos esteios da aliança política entre o cristianismo e os imperadores romanos.⁶²

Importante nesse contexto, no qual a igreja considerava a sexualidade um pecado, salientar que essa instituição reconhecia o sexo somente como ato necessário da procriação

⁶⁰ CATONNE, Jean-Philippe. **A sexualidade, ontem e hoje**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 38.

⁶¹ EISLER, Riane. **O prazer sagrado: sexo, mito e a política do corpo**. Tradução de Ana Luiza Dantas Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 144.

⁶² EISLER, Riane. **O prazer sagrado: sexo, mito e a política do corpo**. Tradução de Ana Luiza Dantas Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 37 e 46.

humana. Com muita propriedade, Foucault ressalta que o ato sexual foi tomado pelo cristianismo como algo “[...] associado ao mal, ao pecado, à queda, à morte, ao passo que na Antiguidade o teria dotado de significações positivas”.⁶³ Portanto, sexo e prazer eram conceitos totalmente diversos, sendo o prazer sexual extremamente condenado. Nessa mesma linha de abordagem, Mello refere que

[...] foi apenas a partir do século XII que o cristianismo passou a condenar com veemência as práticas afetivo-sexuais entre iguais biológicos, bem como todas as vivências que contrariassem os objetivos de reprodução, dentro ou fora do casamento [...]. Segundo Boswell, à medida que o cristianismo restringia cada vez mais a aceitação das práticas sexuais à esfera do casamento monogâmico e indissolúvel e passa a perseguir com intolerância crescente os amantes do mesmo sexo, tais cerimônias, deixaram de ser realizadas, e aquelas já consumadas passaram a ser definidas como um rito que marcava a criação de um vínculo de amizade e não mais uma união afetivo-sexual entre dois “amigos-amantes”.⁶⁴

Diante dos ditames do cristianismo da época, constata-se que, sendo o sexo somente para a procriação, as relações homossexuais estariam ligadas ao prazer, uma vez que não tinham a finalidade de procriar, sendo estas, portanto, condenadas e discriminadas. Apenas na modernidade é que as relações homossexuais passaram a ser entendidas como um movimento social em busca de reconhecimento e conseqüentemente em busca do respeito ao comportamento sexual não dominante. Assim, a importância outorgada à identidade e ao reconhecimento da homossexualidade, na modernidade, é própria desse momento histórico, não havendo relevância do assunto em épocas anteriores, posto que naqueles momentos históricos a organização social hierarquizada não dava vazão ao discurso da identidade e do reconhecimento, mas sim a posição de destaque e a honra do indivíduo.

A construção da identidade e do reconhecimento somente pode ser concebida, de forma multicultural, em uma sociedade igualitária, na qual deve ser garantida a dignidade a todas as pessoas. A mudança de foco no discurso que deixou de se referir à honra e passou a incorporar a dignidade dos seres humanos é demonstrado por Taylor que distingue dois momentos: o primeiro momento é marcado pelo “[...] desaparecimento das hierarquias sociais, que constituem o fundamento da noção de honra. [...] A honra é uma questão

⁶³ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010, p. 21.

⁶⁴ MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro, Ed. Gramond, 2005, p. 41-43.

intrínseca de ‘preferences’”.⁶⁵ Já o segundo momento, refere-se à troca desse paradigma pelo paradigma da dignidade, ou seja, “Contra a noção de honra temos a noção moderna de dignidade, que hoje possui um sentido universalista e igualitário”.⁶⁶

No sentido de proporcionar uma explicação adequada quanto à construção da identidade sexual, vinculado ao objeto da presente pesquisa, qual seja, o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar e a conseqüente viabilização da constituição de prole, a partir da legalização da adoção por casais homossexuais se fará, igualmente, uma abordagem em relação à construção da identidade sexual a partir do comportamento homossexual. Para tratar especificamente da questão do reconhecimento da identidade sexual, na modernidade, será utilizada, igualmente, ao longo da explanação, a abordagem do reconhecimento da mulher e do gênero feminino, posto que o primeiro implica na relação do sujeito com sua sexualidade, enquanto o segundo encontra guarida na construção social do comportamento humano.

Ao longo de parte da história da humanidade a mulher foi subjugada a um tratamento excludente e, para desenvolver sua sexualidade de acordo com sua vontade mais íntima, teve que construir uma identidade de resistência ao padrão dominante, situação esta igualmente experimentada pelos homossexuais na construção de sua identidade sexual (componente indispensável da identidade saudável de cada indivíduo).

Contudo, assim como acontece com a relação homossexual, que não foi sempre discriminada, tendo sido inclusive promovida em determinados períodos, a relação da mulher e sua submissão também não constituem um comportamento hegemônico, natural e eternamente imutável, vez que, em determinado momento da civilização, houve uma relação em que não havia a submissão do gênero feminino ao gênero masculino, mas sim uma relação de cooperação.

A antiguidade, mais especificadamente, os períodos Paleolítico e Neolítico foram marcados pelo Culto a Deusa, assunto profundamente analisado no capítulo dois desta pesquisa. Contudo, nesse momento, será feita uma breve explanação de tal comportamento, a fim de demonstrar que a identidade sexual pode ser construída e desenvolvida fora dos limites impostos na atualidade como “naturais”, uma vez que a história já presenciou tal situação.

⁶⁵ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 47.

⁶⁶ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 47.

No profundo estudo realizado por Eisler⁶⁷, que resultou na obra *O Cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro*, na qual a autora demonstra, ao longo do relato baseado em leituras arqueológicas, o tempo em que havia uma o culto a deusas. A organização social desta época era baseada na cooperação e na parceria entre homens e mulheres. Ressalta a autora, ainda, que o principal motivo da queda de tais civilizações ocorreu, entre outros, em razão das obscuridades das guerras, promovidas por homens, por questões óbvias como a força e o desejo de ocupação de territórios maiores.

Em uma das passagens que bem demonstram a transformação de um período de cooperação, para um período de sobreposição e, principalmente que demonstram as razões que resultaram na dominação masculina, Eisler afirma que muitas vezes, os arqueólogos chegaram a conclusões equivocadas, em razão de concepções atuais que lhes impedem de interpretar os artefatos de maneira correta:

[...] a pré-história é como um quebra-cabeça gigante, em que mais da metade das peças esta perdida ou destruída. É impossível reconstruí-la completamente, Mas o maior obstáculo a reconstrução exata da pré-história não é a falta de muitas peças, mas o paradigma vigente, pois ele dificulta muito a interpretação correta das peças que temos e sua inserção no verdadeiro cenário onde se encaixam.

[...]

Como observa a historiadora da arte Merlin Stone, de como o viés cultural levou a erros são excepcionais apenas pelo fato de terem sido corrigidos posteriormente. Stone viajou pelo mundo todo examinando escavação por escavação, arquivo por arquivo, objeto por objeto, reexaminado as fontes primárias e depois conferindo como tinham sido interpretadas. E ela descobriu que, na maioria das vezes, quando havia evidências de um tempo em que as mulheres e os homens viviam como iguais, o fato foi simplesmente ignorado.⁶⁸

Eisler traz presente que, embora as civilizações tenham abandonado as relações de igualdade e parceria entre homens e mulheres, na idade do Bronze, a ilha grega de Creta ainda mantinha uma forma de organização social de parceria e cooperação, tendo sido o último local de resistência à dominação masculina.⁶⁹

⁶⁷ EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 225-283.

⁶⁸ EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 73-74.

⁶⁹ “[...] a essa altura já estávamos na idade do Bronze, uma época em que, no resto do mundo civilizado, a Deusa vinha sendo paulatinamente substituída por deuses guerreiros masculinos. Ela ainda era reverenciada - como Hathor e Ísis no Egito, Astarte ou Istar na Babilônia, ou como a Deusa Sol de Arinna na Anatólia -, mas agora na condição de idade secundária, descrita como consorte ou mãe de deuses masculinos mais poderosos. Esta época trouxe um mundo onde o poder da mulher declinava mais e mais, um mundo onde a dominação dos homens e as

Como se verifica nas passagens supramencionadas a respeito da época em que não havia sobreposição entre os sexos, nem reconhecimento equivocado da identidade de homens e mulheres, questiona-se como se constrói, na atualidade, as questões vinculadas ao gênero e como ocorre socialmente a opressão que impõe tratamento desigual a diferentes grupos sociais.

Tanto as mulheres, quanto os homossexuais experimentam a influência da estrutura do pensamento dominante, que tem a pretensão de determinar qual o modelo adequado de comportamento, tanto para o gênero feminino, quanto para o comportamento gay, ainda que o primeiro esteja esculpido num padrão de submissão, e o segundo num padrão de “inadequação” social.

A primeira questão que se levanta é em relação à mulher e a opressão a ela imposta em razão da dominação masculina, já proclamada ao longo do trabalho. Contudo, deve-se compreender que a questão de gênero está baseada na categorização da ordem social, e que a submissão feminina está vinculada a sexualidade que decorre de uma concepção ideal vinculada ao exercício do poder, o qual ocorre igualmente com os homossexuais, caracterizado na construção de sua identidade sexual e na reprodução de símbolos que outorgam ao homem heterossexual todo poder e glória, conforme afirma Anjos:

A sexualidade é perpassada por aqueles esquemas de classificação, fundados na oposição e hierarquização entre masculino/feminino, a partir da oposição entre ativo/passivo, o que estabelece uma ligação entre sexualidade e dominação: *as imagens, o vocabulário e as significações mobilizadas em cada sociedade para evocar as relações sexuais são, em todos os lugares, utilizados para dizer igualmente a dominação de sexo em geral* (Bozon, 1999, p. 14). A dominação masculina se exerce a partir da percepção na relação, de que o homem é o sujeito, e a mulher, o objeto (o homem “come” a mulher) (Bozon, 1999).⁷⁰

A identidade sexual se constrói na interação com o outro, assim como acontece com a própria identidade do indivíduo, que transita entre o mundo público e a existência privada. Contudo, em relação especificamente a identidade sexual, que reside na parte mais íntima do

guerras de conquista e contra conquista tornavam-se regra geral em toda a parte. Na ilha de Creta, onde a Deusa ainda reinava suprema, não havia sinais de guerra. Ali a economia prosperava e as artes floresciam, e mesmo quando no século XV a.C. a ilha finalmente caiu sob a dominação dos aqueus (período em que os arqueólogos chamam de cultura minoica-micênica), a Deusa e o modo de pensar e viver que ela representava aparentemente se mantiveram”. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 750.).

⁷⁰ ANJOS, Gabriela dos. **Identidade sexual e identidade de gênero**: subversão e permanência. Sociologia, n. 4, Porto Alegre, jul./dez., 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222000000200011&nrn=iso&tlng=pt>. Acesso em: 30 jun. 2012.

ser, e por essa razão deveria estar vinculada exclusivamente ao exercício do prazer, tem-se que a própria regulamentação dos padrões de comportamento, exerce influência tão profunda e dominante que acaba regulamentando inclusive o exercício do prazer pelo indivíduo, situação esta que se verifica desde a Grécia onde o *status* público impunha um determinado comportamento sexual: a homossexualidade.

Na Grécia, o “homem livre” dispunha de total liberdade nas relações sexuais e isso é demonstrado ao decorrer de toda a história da civilização. Contudo, Foucault⁷¹ faz uma referência interessante, demonstrando que o exercício da sexualidade pelo homem casado realizava-se com certas restrições que, embora não representassem uma proibição legal, impingiam um determinado comportamento social.

Como, sob que forma, e a partir de quê, as relações sexuais entre marido e mulher, no pensamento grego, “constituíam problema”? Que razão havia para se preocupar com elas? E, sobretudo, para interrogar o comportamento do marido, refletir sua necessária temperança e, nessa sociedade tão fortemente marcada pela dominação dos “homens livres”, torná-lo um tema de preocupação moral? Aparentemente nenhuma ou, em todo caso, muito pouca. No final do libelo *Contra Nera*, atribuído a Demóstenes, o autor formulou uma espécie de aforismo que permaneceu célebre: “As cortesãs, nós as temos para o prazer, as concubinas, para os cuidados de todo o dia; as esposas para ter uma descendência legítima e uma fiel guardiã do lar”.⁷²

Nessa passagem de Foucault, tem-se que para a esposa é reservada a condição apenas de procriadora legítima, ou seja, é com ela que o “homem livre” vai desenvolver sua prole legítima, demonstrado claramente a relação de poder imposta sobre as mulheres que reflete seu estigma até os dias atuais.⁷³ Assim, a identidade feminina fica subjugada as condições que

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade II**: o uso dos prazeres. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

⁷² FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade II**: o uso dos prazeres. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010, p. 184.

⁷³ “O ponto não era, portanto, o de mostrar que se vão buscar prazer em outro lugar que não junto a esposa legítima; mas que uma descendência legítima não poderia ser obtida a não ser com a própria esposa. É por isso que Lacey observa a propósito deste texto, que não se deve encontrar nele a definição de três papéis distintos, mas sim uma enumeração cumulativa que deve ser lida assim: o prazer é a única coisa que a cortesã pode dar; a concubina pode proporcionar, além disso, as satisfações da existência cotidiana; mas somente a esposa pode exercer uma certa função pertinente ao seu próprio *status*: dar filhos legítimos e garantir a continuidade da instituição familiar”. (FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade II**: o uso dos prazeres. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010, p. 190.). Nesse sentido, Bourdieu pondera: “Assim, segundo a lei universal de ajustamento das esperanças as oportunidades, das aspirações as possibilidades, a experiência prolongada e individualmente mutilada de um mundo sexuado de cima para baixo tende a fazer desaparecer, desencorajando-a, a própria inclinação a realizar atos que não se esperam das mulheres - mesmo sem estes lhe serem recusados”.

dela se espera enquanto gênero, valores estes construídos pelo poder dominante que quer igualar o sexo ao comportamento “legitimamente” esperado da mulher.

Como demonstra o seguinte testemunho sobre as mudanças nas disposições que vão acompanhando a mudança de sexo, aquela experiência favorece o aparecimento de uma “impotência aprendida” (*learned helplessness*): “Quanto mais eu era tratada como uma mulher, mais eu me tornava mulher. Eu me adaptava, com maior ou menor boa vontade. Se acreditavam que eu era incapaz de dar marcha a ré, ou de abrir garrafas, eu sentia estranhamente, que me tornava incompetente para tal. Se achavam que uma mala era muito pesada para mim, inexplicavelmente, eu também achava que sim”.⁷⁴

Ao tratar do reconhecimento da identidade sexual, é imprescindível relatar, brevemente, a condição da identidade feminina, que em alguns momentos nega sua sexualidade, a fim de romper com os padrões criados para o gênero feminino. Fazer a referência da forma como ocorre o comportamento da mulher em relação ao sexo é fundamental para compreender como se constrói a identidade, que não representa um campo isolado de atuação inerte as influências e opressões sociais, mas que se constrói culturalmente, inclusive em seus aspectos mais íntimos e individuais.

Touraine⁷⁵, ao optar pela melhor forma de análise das relações de gênero, propõe a troca deste pela sexualidade, fazendo a interação entre sexo e sexualidade.⁷⁶ Portanto, pode-se perceber que a identidade sexual é uma das facetas da construção da própria identidade do indivíduo e se forma a partir da interação com o outro. Contudo, deve-se tratar com cautela as construções de gênero, posto que, em razão das influências sofridas pela cultura, pela ideologia e pela sociedade, estas acabam moldando o comportamento sexual masculino e feminino, não levando em conta o desejo sexual das pessoas.

(BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 77.).

⁷⁴ MORRIS, Jan. **Conundrum**. New York, Harcourt, Brace, Jovanovich, 1974, p. 165-166. Apud: BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 77.

⁷⁵ TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2007.

⁷⁶ “[...] ainda que o eixo das análises clássicas fosse a transformação do sexo em gênero, e que o triunfo do segundo poderia chegar até ao questionamento da realidade biológica do sexo, minha análise se constrói em torno do eixo sexo-sexualidade. Isso exige uma definição clara do termo sexo, que é aniquilado pela multiplicidade de seus sentidos. Primeiramente é preciso colocar a existência primeira do sexo, que é desejo e libido, sistema de reprodução e de antemão relação com o outro. Afirmar que, no entanto, leva a distinguir aquela conduta erótica desprovida de afeição e de projeto de comunicação com outras formas de sexualidade, que se constroem pelas relações com o outro e com a outra, e principalmente pela construção de si mesmo. Deste modo, opera-se a transformação da existência sexuada em reconhecimento de si, partindo do sexo como princípio não social da ação e conseqüentemente não dominado pela sociedade varonil”. (TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2007, p. 60.).

Para Appiah⁷⁷, a estrutura do pensamento dominante influencia a construção da identidade do dominado dentro de um padrão de comportamento que impõe ao pensamento e a vivência da orientação do desejo homossexual, sendo esta identidade construída dentro do próprio gueto, assim como a submissão feminina é fruto de sua própria condição de existência e a discriminação racial surge a partir do isolamento do negro.⁷⁸ Tal pensamento constitui a faceta mais cruel da dominação, posto que ignora o fato de que as culturas dominadas somente o são em razão da promoção da cultura dominante. Nesse sentido, e em relação a identidade sexual, o autor segue afirmando:

O sexo e a sexualidade, ao contrário das restantes⁷⁹, estão ambos incluídos no corpo sexual; ambos têm experiências diferentes em lugares e tempos diferentes. Contudo, sei que em todo o lado a identidade sexual propõe normas de comportamento, de vestir e de caráter. Certamente o sexo e sexualidade, apesar de serem abstratas, são de muitas maneiras profundamente diferentes. Na nossa sociedade, por exemplo, ser-se considerado mulher ou homem é difícil, enquanto ser-se considerado fraco (ou homossexual) é relativamente fácil.⁸⁰

A sexualidade representa, nesse contexto, a expressão autêntica do desejo do indivíduo, independentemente do gênero e do padrão de comportamento social imposto pelo padrão de dominação. A estrutura do pensamento dominante faz acreditar que, mesmo dentro de um padrão contra dominante, exista um comportamento correto a ser seguido. Assim, o que está no cerne da discussão, em relação à construção da identidade sexual, não é nem a questão de gênero (ser homem ou mulher), nem a questão da oposição em ser homossexual ou heterossexual, mas sim o padrão de comportamento. Sendo assim, tem-se como exemplo o pensamento dominante, promovido pela sociedade civil, onde se determina que gays tenham

⁷⁷ APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR. Charles. **Multiculturalismo**: analisando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 165-179.

⁷⁸ “Acima de tudo, é em parte o reconhecimento da identidade negra pela “sociedade branca” que é exigida pelo nacionalismo desta forma. E “reconhecimento” aqui significa o que Taylor quer dizer, e não somente reconhecer a sua existência. A identidade afro-americana é principalmente moldada pela sociedade e instituições americanas; não pode ser vista como construída sozinha dentro da comunidade afro-americana”. (APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR. Charles. **Multiculturalismo**: analisando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 171.).

⁷⁹ Quando Appiah diz “restantes” esta falando da referência feita por Taylor em relação as identidades sociais coletivas vinculadas a religião, sexo, etnicidade, raça e sexualidade. (APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR. Charles. **Multiculturalismo**: analisando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 166.).

⁸⁰ APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR. Charles. **Multiculturalismo**: analisando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 166-167.

comportamento efeminado e lésbicas se vistam e se comportem como homens, caso contrário, estariam subvertendo a lógica contra dominante.

Nessa perspectiva de imposição de comportamento dominado, ser homossexual do sexo masculino e, ainda assim, porta-se de forma masculina, ou então, ser lésbica e agir de forma feminina, são comportamentos tidos como incorretos de acordo com a orientação social, vez que, para garantir a identificação de tais sujeitos e não induzir em erro os “homens de bens”, tais orientações sexuais “devem” seguir um padrão de comportamento. Appiah contribui nesse sentido:

[...] não é que haja um modo como os homossexuais ou os negros devam se comportar, mas há modos de comportamento homossexual e negro. Estas noções fornecem normas ou modelos indefinidos que fazem estas identidades coletivas centrais para as suas identidades individuais. Em suma, as identidades coletivas fornecem o que podemos chamar de manuscrito: narrativas que as pessoas podem usar ao moldar os seus planos de vida e ao contar as histórias de sua vida.⁸¹

Dentro dos paradigmas de comportamento, a questão de gênero é essencial para a percepção das nuances da discriminação promovida pelo sistema de imposição e manutenção da dominação. Para Faria e Nobre, em relação à construção da identidade sexual feminina, a mulher é submetida a uma questão de gênero se comportando com o que se chama de feminilidade em razão do padrão que dela legitimamente se espera. Mesma situação é imposta a gays e lésbicas. Nas palavras das autoras, existe uma *identidade de gênero* e uma *relação de gênero*. Assim, fica claro que a desigualdade entre homens e mulheres não decorre de uma diferença biológica, mas sim da construção social do gênero masculino e feminino⁸², sendo que tal preceito também caracteriza a questão da homossexualidade que tem seu reconhecimento equivocado a partir da construção social.

O reconhecimento do masculino e do feminino, assim como da homossexualidade, como relações de poder é, muitas vezes, baseado num reconhecimento equivocado, sendo que

⁸¹ APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: analisando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 175-176.

⁸² “Nessa compreensão, o papel feminino tradicional estabelece a maternidade como principal atribuição das mulheres e, com isso também o cuidado da casa e dos filhos, a tarefa de guardiã do afeto e da moral na família. Ela é uma pessoa que deve sentir-se realizada em casa. O homem típico é o considerado o provedor, isto é, aquele que trabalha fora, traz o sustento da família, realiza-se fora de casa, no espaço público. Para a mulher, ainda é considerado mais adequado, ser meiga, atenciosa, maternal, frágil, dengosa, e do homem, o que ainda se espera, é que tenha força, iniciativa, objetividade, racionalidade”. (FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. **Gênero e desigualdade**. São Paulo: Ed. Sempreviva Organização Feminista, 1997, p. 10-11.).

tal relação nunca é natural ou ingênua, mas sim fruto de concepções pré-estabelecidas. Nesse mesmo sentido, ao abordar a questão de gênero, Anjos afirma que a questão de gênero e o reconhecimento das diferenças entre os sexos decorre de uma relação de poder.⁸³

A noção de gênero é entendida aqui como relações estabelecidas a partir da percepção social das diferenças biológicas entre os sexos (Scott, 1995). Essa percepção, por sua vez, está fundada em esquemas classificatórios que opõem masculino/feminino, sendo esta oposição homóloga e relacionada a outras: forte/fraco; grande/pequeno; acima/abaixo; dominante/dominado (Bourdieu, 1999). Essas oposições são hierarquizadas, cabendo ao polo masculino e seus homólogos a primazia do que é valorizado como positivo, superior. Essas oposições/hierarquizações são arbitrárias e historicamente construídas.⁸⁴

Conforme afirma a autora acima citada, a diferença de tratamento em relação aos sexos é fruto de uma concepção social baseada na oposição, que outorga a um determinado sujeito, no caso, o masculino, a superioridade em relação ao feminino, da mesma forma que vincula o ideário heterossexual ao padrão de normalidade e ao homossexual o carimbo de “anormalidade”, impingindo uma simbologia idearia. Nessa dita normalidade, o homem heterossexual e branco representa o bom, o forte e o sucesso, enquanto que qualquer outra formatação está ligada a ideia de fracasso e submissão.⁸⁵

Allan G. Johnson, partindo do pressuposto de que antes de existirem relações sociais desiguais entre homens e mulheres, existiam relações iguais. A questão central por ele abordada é esta: que fatores poderiam ter transformado relações de gênero iguais em relações desiguais? O que fez surgir um sistema de controle e opressão de gênero? Por que teriam sistemas de cooperação e coexistência pacíficos cedido lugar a sistemas de competição e de guerra? Para esse autor, os excedentes de produção não foram, em si, a causa das desigualdades. Mas uma pré-condição de relações sociais e de gênero desiguais. Por que não teria sido a causa? Por que o

⁸³ ANJOS, Gabriela dos. **Identidade sexual e identidade de gênero**: subversão e permanência. Sociologia, n. 4, Porto Alegre, jul./dez., 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222000000200011&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 30 jun. 2012.

⁸⁴ ANJOS, Gabriela dos. **Identidade sexual e identidade de gênero**: subversão e permanência. Sociologia, n. 4, Porto Alegre, jul./dez., 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222000000200011&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 30 jun. 2012.

⁸⁵ No mesmo sentido, Hahn e Machado afirmam que a origem da desigualdade de gêneros tem como fundamento duas teorias, uma de cunho biológico e outra, resultado de um fenômeno cultural. A primeira baseada em um determinismo biológico que em razão da reprodução a mulher teria uma sensibilidade maior o que a tornaria inferior em relação a racionalidade masculina, contudo tal teoria foi fortemente criticada, assim surgindo algumas perguntas propostas pelos autores tais como, o que fez surgir um sistema de controle e opressão de gênero? Como resposta, encontram-se algumas possibilidades baseadas no controle do excedente pelas mãos masculinas, assim como no controle do conhecimento técnico e na solidariedade masculina. (HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e violência contra a mulher: a necessidade do reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins. **Cidadania diversidade reconhecimento**. Santo Ângelo: Furi, 2009, p. 65-89.).

excedente pode ser tanto partilhado como acumulado, no entanto, ele pode condicionar - e nesse caso é uma pré-condição - o acúmulo e a desigualdade. Outro aspecto importante que o autor percebeu é que a realidade do excedente faz surgir a prática do controle, que é um conceito político. Quem controla acumula poder. O controle do Excedente, com certeza, teria passado às mãos masculinas. Nesse sentido, o excedente, conforme Johnson, pré-condicionou transformações de relações de gênero igualitárias para relações desiguais; pré-condicionou o surgimento de um sistema de controle e de opressão de gênero.⁸⁶

Como se verifica na passagem acima, o autor parte do pressuposto de que, em algum momento da história, houve sim uma relação de cooperação entre os sexos, passando dessa situação para a de sobreposição, em razão de comportamentos adquiridos culturalmente, das condições de organização social e do controle dos meios de produção e dos excedentes exercido pelo homem.

A relação de gênero é uma relação de poder que pretende impor ao sexo a condição de paradigma fixo e estático do comportamento humano e da identidade sexual, que a princípio é desprovido de caráter público de reconhecimento, já que representa a faceta íntima do indivíduo com ele próprio e com seu parceiro ou parceira. Não se pode deixar de olvidar, em relação a tais afirmações, a passagem de Touraine⁸⁷ que demonstra a construção do gênero feminino a partir das expectativas da família e da sociedade.

Essa ideia simplista inspirou um grande número de trabalhos impecáveis, em particular na esfera da socialização e da educação, mostrando como as roupas e os jogos escolhidos, as expectativas dos pais ou dos professores, constroem modelos diante dos quais as crianças são obrigadas a conformarem-se. Esse é um dos sentidos a partir dos quais podemos interpretar a celebre formulação de Simone de Beauvoir: “Não nascemos mulheres, transformamo-nos em mulheres”. O que melhor justifica esta imposição é a resistência que continua opondo os defensores da “natureza feminina” e conseguem tão grande êxito, transportando e reivindicando estereótipos fundamentados na ideia de uma natureza das mulheres que poderia ser encontrada em seu DNA [...].⁸⁸

A construção de gênero impõe obrigatoriamente a categorização dos indivíduos em masculinos e femininos e esse comportamento como adequado em detrimento de outro,

⁸⁶ HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e violência contra a mulher: a necessidade do reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins. **Cidadania diversidade reconhecimento**. Santo Ângelo: Furi, 2009, p. 67-68.

⁸⁷ TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2007.

⁸⁸ TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2007, p. 57-58.

considerado inadequado, como no caso dos homossexuais. A presunção de padrão adequado em detrimento de padrão inadequado é explicada por Rios:

De fato, a designação da condição homossexual como desviante pressupõe a definição de padrão de conduta e de identificação a partir da permissão da “normalidade heterossexual”, o que requer, por sua vez, a assunção do binômio heterossexual/homossexual como par conceitual fundamental para a constituição das identidades individuais.⁸⁹

Contudo, a distinção de gênero perdeu espaço a partir do final do século XX com o advento da possibilidade de escolhas, introduzido na sociedade moderna a partir das relações de consumo que permitem um estilo de vida baseado na livre escolha das relações e do comportamento, que introduziu no cenário contemporâneo a possibilidade real de existência fora dos padrões pré-estabelecidos pela sociedade tradicional.

Tanto Rios quanto Touraine tratam da *queer theory*, referindo-se a liberdade na construção da identidade sexual em razão do nascimento e da sobrevivência do sujeito pós-moderno que tem por principal característica ser plural.

A superação deste binômio começa a acontecer [...], graças ao advento de um estilo de vida, característico do final do século XX, em que as identidades individuais – inclusive no plano sexual - derivam das possibilidades de escolha propiciadas pelo desenvolvimento fantástico da sociedade de consumo [...] A modernidade tardia, sugere Giddens, libertou a sexualidade dos confins de uma única hegemonia e recolocou-a num “pluralismo sexual”.⁹⁰

A concepção moderna de identidade sexual não precisa mais ser necessariamente masculina ou feminina, mas sim plural, exercendo livremente o desejo de cada indivíduo. Touraine afirma que a destruição da dualidade levou as feministas a levantarem a bandeira do movimento *queer* próprio de um mundo globalizado e sem fronteiras, avesso a existência de uma fórmula única de ideal de vida feliz, baseada no casal heterossexual.

Esta é a concepção *queer*, que rejeita a importância atribuída pela ideologia dominante do casal heterossexual e que, ao contrário, defende a diversidade de

⁸⁹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 55-56.

⁹⁰ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 57-58.

condutas sexuais, definida tanto pela natureza dos parceiros quanto pelas relações estabelecidas entre eles.⁹¹

Como já visto neste capítulo, as transformações nas relações de gênero decorrem das modificações ocorridas em relação à construção das identidades sociais ao longo da história, que contém, em uma de suas facetas, o comportamento sexual, condição essencial de construção da condição humana.⁹² Contudo, o processo de identificação dos seres humanos tornou-se mais provisório, variável e problemático, criando, assim, o sujeito pós-moderno que não tem uma identidade fixa, essencial ou permanente, mas sim uma identidade formada a partir de constantes transformações na forma de representação e identificação nos sistemas culturais nos quais estão vinculados.

O sujeito pós-moderno possui uma identidade contraditória que está em constante deslocamento, posto que é empurrado em diferentes direções pelos movimentos culturais aos quais está relacionado, formando assim uma “[...] multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar - ao menos temporariamente”.⁹³

Essa identidade flutuante e flexível que se transforma a partir da modificação dos contextos culturais e sociais, os quais envolvem a vida do indivíduo, reflete-se nas relações pessoais e sociais de cada pessoa, fazendo com que instituições tradicionais ganhem contornos modernos, e que o reconhecimento possa ocorrer de forma mais abrangente e flexível, embora não se consiga aniquilar as questões vinculadas ao reconhecimento equivocado que geram preconceito.

⁹¹ TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2007, p. 59.

⁹² Para Hall podem ser identificadas três concepções diferentes de identidade, quais sejam: a identidade do sujeito do iluminismo, o sujeito sociológico e o sujeito pós-moderno, fazendo referência a cada um. O sujeito do iluminismo é o indivíduo totalmente centrado, identificado e dotado de capacidade de razão, de consciência e de ação, esse núcleo essencial emerge quando o sujeito nasce e como ele se desenvolve, tendo como centro essencial do eu a identidade de uma pessoa. Já para o sujeito sociológico o núcleo ou essência formadora do “eu real” sofre constantemente interações com o meio no qual está inserido e, assim, a concepção da complexidade do mundo moderno não é autônoma ou autossuficiente, mas sim formada na relação com as outras pessoas que são importantes para o indivíduo. (HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 10.). “A identidade, nessa concepção sociológica, preenche o espaço entre o “interior” e o “exterior” - entre o mundo pessoal e o mundo público. O fato de que projetamos a “nós-próprios” nessas identidades culturais, ao mesmo tempo em que internalizamos seus significados e valores, tornando-os “parte de nós”, contribuem para alinhar nosso sentimento subjetivo com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural”. (HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 12.).

⁹³ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 13.

Nesse contexto fluante de reconhecimento e identificação, é essencial falar-se da identidade sexual, posto que essa, na pós-modernidade, se constitui de forma plural, visto que padrões até então concebidos são desmontados em prol de uma sexualidade plena. Diante dessa possibilidade, a relação do sujeito com sua sexualidade, que até então ocupava apenas o espaço privado, passou a exigir o reconhecimento público da diversidade do exercício da sexualidade e nesse aspecto os homossexuais buscam o reconhecimento real e efetivo do exercício de sua sexualidade diferenciada.

Contudo, o reconhecimento da identidade dos homossexuais constitui o que Taylor⁹⁴ chamou, anteriormente mencionado, de construção equivocada, ou reconhecimento incorreto, vez que não se pode dizer que não existe o reconhecimento, mas ele ocorre de forma negativa em relação aos homossexuais, ou seja, ser heterossexual é um ideal de vida feliz, enquanto que ser homossexual é um defeito que deve ser tratado a fim de “resgatar” o sujeito dessa condição desviante.

Neste sentido, a construção da identidade sexual de gays e lésbicas representa a busca pelo respeito à diferença, ainda que já se reconheça socialmente a existência da liberdade sexual, do pleno exercício da sexualidade e da postura *queer*.

Em relação às lutas dos homossexuais por reconhecimento, Rios cita duas possibilidades: a primeira delas seria a revolucionária e a segunda a reformista, baseadas respectivamente, no primeiro caso, na abolição da diferenciação em categorias como homossexuais e heterossexual e na superposição de um sexo em relação ao outro; a segunda possibilidade acredita na integração dos homossexuais nas estruturas sociais já existentes.⁹⁵ De qualquer forma, o autor cita como grande possibilidade a *queer theory*⁹⁶, que visa abolir as categorias a fim de superar a discriminação e a exclusão.

Deste modo, a concepção de homossexualidade como construção social advoga, em última instância, a abolição da categoria homossexual/heterossexual na

⁹⁴ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 45-46.

⁹⁵ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 51-52.

⁹⁶ “A expressão “queer theory” designa no mundo acadêmico anglo-saxão um campo de conhecimento onde aportam inúmeros estudos relativos às questões de gays e lésbicas, formado pela conjunção não-sistemizada de diversas perspectivas [...]. Em nossa tradição, estes estudos muito timidamente vêm sendo desenvolvido sem um correspondente esforço de organização, não havendo classificação similar. Buscando compreender esse conceito pode-se tomar a referida superação do binômio homossexualidade/heterossexualidade como ponto de partida, a partir do qual são investigados os mais diversos temas relacionados a gays e lésbicas”. (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 60-61.).

identificação do sujeito, caminho considerado apropriado para a superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas preferências sexuais. A formulação acadêmica desta visão é conhecida como *queer theory*.⁹⁷

Na questão referente à sexualidade, é imprescindível manter uma identidade de resistência e projeção, e o projeto *queer* representa uma identidade de projeção, que visa abolir os paradigmas da categorização, a fim de não se permitir o aniquilamento da expressão do comportamento sexual, fundamental para a construção de um indivíduo saudável.

Diante da explanação apresentada, ressalta-se que, num primeiro momento, a identidade sexual é designada na forma de gênero. Contudo, esse gênero é uma construção social do masculino e do feminino que visa impor um padrão de comportamento baseado nos conceitos tradicionais de ser homem e ser mulher, bem como nos seus respectivos papéis. Esse mesmo padrão visa programar uma forma adequada de comportamento, inclusive ao padrão antedominante, ou seja, na relação de distinção entre homossexuais e heterossexuais, é criado um tipo determinado de gay ou lésbica, impondo que o mesmo seja obedecido de forma eterna e estática.

Contudo, com o advento da sociedade de consumo e o desenvolvimento da sociedade contemporânea, a identidade sexual começa a ser reconhecida como sexualidade, o que supera o gênero, já que representa a possibilidade plural de manifestação livre do desejo sexual, ou seja, o sexo deixa de ser pecado e passa a exercer um campo aberto de possibilidade na vida dos indivíduos.

Com relação aos homossexuais, a identidade sexual é construída dentro de um padrão de resistência e projeção em razão da construção do *queer theory*, a qual busca a superação da categorização, não se fazendo mais distinção entre homossexuais e heterossexuais, mas sim se criando uma cultura de respeito e dignidade ao indivíduo de forma igualitária e universalista, independentemente da orientação sexual de cada sujeito.

Com tais considerações, encerra-se a presente seção, com a convicção da possibilidade real de construção plural da identidade sexual e o reconhecimento adequado de tal pluralidade, possibilidade esta introduzida no cenário social a partir do movimento feminista que outorgou direito às mulheres e estendeu sua bandeira sobre diversas categorias

⁹⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 60.

inferiorizadas e discriminadas, as quais, a partir do referido movimento, puderam se organizar e buscar a visibilidade de sua identidade própria.

1.3 O FEMINISMO COMO MOVIMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL, E A PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL EM RELAÇÃO A ENTIDADE FAMILIAR

A construção da identidade e o processo do reconhecimento são fatos sociais que se transformam de acordo com cada época e com cada cultura. Assim, como visto anteriormente, as identidades são influenciadas pela história da civilização e pelas mudanças de paradigmas por ela atravessado. Como exemplo, tem-se a mudança da forma de organização matrilinear para o patriarcado, bem como a influência dessa relação patriarcal na conquista de territórios e na dominação das técnicas de produção de alimentos. Também, é possível citar as mudanças das relações da poligamia para a monogamia, até a instituição desta como regra geral, em detrimento da coibição da outra por muitos povos, através de imposição de penalidades. Ainda, é possível citar, nesse contexto histórico de mudanças, a queda do Estado feudal, o nascimento da sociedade industrial, a organização dos indivíduos em classes sociais, as guerras mundiais, a declaração dos direitos humanos, os períodos de ditadura e a proclamação do Estado Democrático de Direito. Todos esses eventos e muitos outros influenciam na construção identitária e no reconhecimento destas pela sociedade, vez que a aceitação de determinados conceitos sociais decorrem de uma padronização e esta sofre modificações à medida que as concepções gerais caminham em uma ou em outra direção.

Nesse sentido, a fim de auxiliar na resposta da pergunta central dessa pesquisa, que reside na argumentação da possibilidade de reconhecimento da união homossexual como entidade familiar e na consequente habilitação em conjunto para o processo de adoção de pessoas, a fim da promoção da constituição de prole, é de fundamental importância analisar a influência do movimento feminista na construção cultural da sociedade moderna, como um movimento que mexeu, profundamente, com os padrões sociais, inclusive familiares. Assim, esse movimento legitimou uma profunda modificação nos paradigmas culturais e viabilizou a construção de uma diversidade de formatações de identidades e na entidade familiar, levando seus efeitos a questão do reconhecimento da identidade homossexual em sua real essência e não de acordo com os padrões de dominação impostos, inclusive, ao comportamento antidominante que é a homossexualidade.

A partir do movimento feminista e aliados a ele, após longo período de afirmação da identidade de resistência, tanto gays, quanto lésbicas puderam levantar a bandeira da diversidade e conquistarem notoriedade às suas reivindicações de reconhecimento e garantia de direitos, possibilitando a realização da identidade de projeção.

Nesse sentido, a importância do movimento feminista para o movimento homossexual opera em duas linhas: na primeira delas, serve de aporte para abrigar as disputas e as reivindicações de gays e lésbicas, que sem o abrigo inicial do movimento feminista não teriam seu primeiro local de organização para a promoção do reconhecimento; já a segunda linha de atuação refere-se à possibilidade real de reconhecimento e obtenção de direitos, bem como a possibilidade efetiva de constituição da família homossexual, baseada no princípio da isonomia.

Diante da aliança firmada entre feministas e homossexuais, Castells afirma que as lésbicas assumiram um papel de destaque dentro do movimento feminista, ainda que com a resistência das feministas radicais que, após algumas transformações, dentro do próprio movimento, acabaram por receberem igualmente os gays.

Mais seguras de si e cada vez mais separatistas com relação aos seus valores culturais e políticos, as feministas mais jovens, particularmente as lésbicas, estas mais abertas que as feministas radicais estavam em outros tempos para cooperar com os movimentos sociais masculinos e relacionar-se com as organizações masculinas justamente por que se sentem menos ameaçadas por essa aliança pelo fato de já terem alcançado sua autonomia, quase sempre pelo separatismo. A principal aliança é entre gays e lésbicas, que compartilham a opressão exercida pela “homofobia” e unem-se em torno da defesa da libertação sexual e na crítica contra a família heterossexual.⁹⁸

Com relação à formação da família homossexual, na segunda linha de atuação da influência do movimento feminista no reconhecimento dos homossexuais, Dias pondera a relevância do afeto nas relações pessoais e a efetivada da família homossexual fundamentada no afeto que une os pares.

O afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito a intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família. Imperioso reconhecer o surgimento de uma nova família, a chamada família

⁹⁸ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 219.

“eudemonista”, doutrina que considera ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana.⁹⁹

No mesmo sentido da autora supramencionada, Rios versa sobre a existência da família homossexual e sua necessidade efetiva de reconhecimento jurídico:

[...], o direito de família contemporâneo rumo cada vez mais para a valorização das uniões de pessoas em que se estabelece uma comunhão de vida voltado para o desenvolvimento da personalidade, mediante vínculos sexuais e afetivos duradouros, sem depender mais de vínculos formais e de finalidade reprodutiva.¹⁰⁰

Devido à importância do movimento feminista para o movimento homossexual por reconhecimento identitário, a presente seção visa revisar brevemente a questão das conquistas das mulheres ao longo da história da humanidade, seu significado e a influência dessas transformações para a formação da família contemporânea.¹⁰¹

Parte da história da humanidade é marcada pela resistência das mulheres contra a opressão masculina. Contudo, esse comportamento somente é registrado e organizado recentemente, visto que, no passado, as histórias eram contadas pelos homens e estes, sistematicamente, deixaram de registrar a situação de continuada opressão imposta às mulheres.

O movimento feminista¹⁰², concebido de forma oficial, surgiu nos Estados Unidos em 1848 e difundiu-se por todo o mundo criando um movimento global de reconhecimento da identidade feminina, passando ao longo do tempo por diversas transformações, mas nunca perdendo o caráter de resistência ao padrão patriarcal conservador. Não se pode olvidar que,

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a Justiça. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁰⁰ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 107-108.

¹⁰¹ O tema envolvendo a família contemporânea será abordado com mais profundidade no Capítulo 2 dessa dissertação.

¹⁰² É importante diferenciar o Movimento Feminista do Movimento de Mulheres uma vez que ambos existem no Brasil. Para isso, Maders e Angelin trazem sua contribuição: “Os movimentos feministas apresentam um caráter mais político no sentido de buscar a equidade nas relações de gênero e, portanto, abordar temas que envolvem política, direito sobre o corpo, economia etc. Já os movimentos de mulheres, no Brasil, estavam ligados às pastorais sociais das Igrejas e ocuparam-se mais com demandas voltadas para a melhoria das condições de vida das famílias, como saneamento, direito à saúde, alimentação, habitação. Mesmo assim, no Brasil esses movimentos se uniram, no final da década de 1970, para lutar por bandeiras comuns envolvendo a busca de direitos para as mulheres”. (MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 10, n. 19, p. 01-115, jul./dez., 2010, p. 92.).

por volta de 1948, as alemãs já se manifestavam publicamente pelo direito ao trabalho e ao sufrágio e, ainda, vale lembrar que foram as mulheres trabalhadoras organizadas que deflagraram a Revolução Russa.¹⁰³

Foi através do movimento feminista que ocorreu a maior transformação nos paradigmas culturais da sociedade moderna, vez que os valores patriarcais restaram questionados através de uma luta baseada, principalmente, no desenvolvimento de teses feministas e da conscientização das mulheres de tais teses, que buscavam, por vezes, de forma liberal, e por outras de forma radical, a ascensão da mulher à condição de igualdade de direitos.

Para Hall, o feminismo representa a mais importante ruptura do pensamento cartesiano e da estrutura tradicional das instituições sociais. Ele ressalta que o feminismo, aliado a organização do pensamento marxista, a descoberta do inconsciente por Freud, a linguística estrutural de Ferdinand de Saussure e a genealogia do sujeito moderno (construída por Michel Foucault), representam os pilares de sustentação do pensamento moderno e das transformações sociais ocorridas a partir da segunda metade do século XX.¹⁰⁴

Aquelas pessoas que sustentam que as identidades modernas estão sendo fragmentadas argumentam que o que aconteceu à concepção do sujeito moderno, na modernidade partia, não foi simplesmente sua desagregação, mas seu deslocamento. Elas descrevem esse deslocamento através de uma série de rupturas no discurso do conhecimento moderno. Nessa seção, farei um rápido esboço de cinco grandes avanços na teoria social e das ciências humanas ocorrido no pensamento, no período da modernidade tardia (a segunda metade do século XX), ou que sobre ela tiveram seu principal impacto, e cuja maior efeito, argumenta-se, foi o descentramento final do pensamento cartesiano.¹⁰⁵

Assim, o autor acima mencionado fala do deslocamento do pensamento moderno a partir da criação de cinco novas teorias entre as quais o movimento feminista surge como o de maior relevância para a ruptura final do sujeito cartesiano, tais teorias referem-se especificamente¹⁰⁶: a) A primeira descentração importante, refere-se às tradições do

¹⁰³ MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 10, n. 19, p. 01-115, jul./dez., 2010, p. 100 ss.

¹⁰⁴ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 34-43.

¹⁰⁵ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 34.

¹⁰⁶ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 34-42.

pensamento marxista; b) O segundo dos grandes descentramentos, no pensamento ocidental do século XX, vem da descoberta do inconsciente por Freud; c) O terceiro descentramento está associado com o trabalho da linguística estrutural, tendo como referência Ferdinand de Saussure, que afirma que a linguagem é um sistema social e não individual; d) O quarto descentramento da identidade e do sujeito ocorre no trabalho do filósofo e historiador francês Michel Foucault, que produziu uma espécie de “genealogia do sujeito moderno; e) Finalmente, o quinto descentramento refere-se ao movimento feminista. Hall afirma ser o movimento feminista o de maior relevância no descentramento final do sujeito cartesiano, que resultou de um deslocamento a partir de uma série de rupturas no discurso do pensamento moderno.¹⁰⁷

Mas o feminismo teve também uma relação mais direta com o descentramento conceitual do sujeito cartesiano e sociológico: ele questionou a clássica distinção entre o “dentro” e o “fora”, o “privado” e o “público”. O *slogan* do feminismo era: “o pessoal é político”.

- Ele abriu, portanto, para a contestação política, arena inteiramente nova de vida social: a família, a sexualidade, o trabalho doméstico, a divisão doméstica do trabalho, o cuidado com as crianças, etc.
- Ele também enfatizou como uma questão política e social, o tema da forma como somos formados e produzidos como sujeitos genereficados. Isto é, ele politizou a subjetividade, a identidade e o processo de identificação (como homem/mulher, mães/pais, filhos/filhas).
- Aquilo que começou como um movimento dirigido à contestação da *posição* social das mulheres expandiu-se para incluir a *formação* das identidades sexuais e de gênero.
- O feminismo questionou a noção de que os homens e as mulheres eram parte da mesma identidade, a “Humanidade”, substituindo-a pela *questão da diferença sexual*.¹⁰⁸

Contudo, para que o movimento feminista fosse possível, a mudança cultural ocorrida no início da Idade Moderna foi fundamental para viabilizar a postura e a visão adotadas pelas feministas. Até o final da Idade Média, o pensamento predominante era que a parte, ou seja, a pessoa humana estava em função do todo, representado pela comunidade familiar. Com a grande mudança de paradigmas culturais, ocorrida no início da Idade Moderna, o todo passou

¹⁰⁷ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 34.

¹⁰⁸ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 45-46.

a estar em razão da parte, dando origem, assim, ao individualismo, que ganhou força no liberalismo com a consciência individual e a autonomia da vontade.¹⁰⁹

Nesse processo de transformação ocorrido na modernidade, conceitos estáticos perderam respaldo em prol de configurações flexíveis, mutáveis e flutuantes de identidades. O feminismo, como movimento, é com certeza, o precursor das transformações nas relações humanas, servindo de inspiração para tantas outras disputas por reconhecimento, como ocorreu com o movimento de lésbicas e gays, da mesma forma que nos movimentos pela igualdade racial, pela distribuição igualitária de terra, pelo direito a acessibilidade das pessoas com necessidades especiais e tantas outras categorias que, historicamente, foram submetidas à situação de discriminação e submissão. Tal afirmação vem referendada por Hahn:

As reflexões feministas, a partir do século XVIII até nossos dias, trouxeram outra grande contribuição ao debate do tema sujeito. Ao penetrar nas sutilezas tanto do pensamento liberal como do pensamento marxista, as filósofas feministas constataram que sujeito fundamentalmente era concebido e definido como identidade universal, ocultando e desconsiderando especificidades. Na visão da crítica feminista, as tradições filosóficas ocidentais, procurando apresentar um sujeito universal, apresentavam-no como masculino, branco, heterossexual (proprietário – especificamente a tradição de cunho liberal).¹¹⁰

Faria e Nobre¹¹¹, brilhantemente observam e relatam a forma de organização que foi precursora do movimento feminista, o qual grandes conquistas outorgou às mulheres.

¹⁰⁹ Nesse sentido Hahn faz uma digressão em relação à construção do sujeito, seguindo os ensinamentos de Touraine: “Volvemo-nos um instante à história. As reflexões que inspiraram as grandes religiões orientais, dentre elas o avismo hebreu, o judaísmo, o cristianismo, o islamismo, o budismo, afirmavam predominantemente a ideia de que o *todo* precede a *parte*. Esta ideia foi fundamental para afirmar que o *todo* também é mais importante que a *parte*. A filosofia grega não rompe com essa ideia milenar. Na relação entre cidadão e *polis*, a *polis* predomina. É ela que dá sentido ao cidadão e não o contrário. Sócrates, por exemplo, está preso, condenado à morte. Deverá tomar cicuta, um veneno. Ele não se defende. Aceita a decisão do *todo*. Com a ajuda de um “agente enitenciário”, poderia até fugir. Ele “escolhe” morrer, porque assim o *todo* havia decidido. A ideia de que o *todo* é anterior e é mais importante que a *parte* fez história até o final do período conhecido como Idade Média. Monarquia (mono – *arché*: uma origem, um princípio), tradições, mandamentos, etc., são categorias de compreensão que denotam sentido a partir da compreensão de que o *todo* antecede, predomina, domina e merece reconhecimento e veneração. Mesmo que possamos encontrar textos de tradição hebraica e cristã sobre preocupações com o indivíduo, é propriamente no período histórico, conhecido como Idade Moderna, que se inicia uma reflexão que afirma a *parte* como anterior e mais importante que o *todo*”. (HAHN, Noli Bernardo. A questão do sujeito e o sujeito em Alain Touraine. **Revista Direitos Culturais**, v. 3, n. 4, Santo Ângelo, 2008, p. 178).

¹¹⁰ HAHN, Noli Bernardo. A questão do sujeito e o sujeito em Alain Touraine. **Revista Direitos Culturais**, v. 3, n. 4, Santo Ângelo, 2008, p. 179.

¹¹¹ FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. **Gênero e desigualdade**. São Paulo: Ed. Sempre Viva Organização Feminista, 1997.

O feminismo desvendou a dimensão social e histórica das relações de gênero e sua pior consequência: a posição subordinada das mulheres na sociedade. As mulheres organizadas formaram um novo sujeito coletivo, que expressa interesse próprio e constrói sua própria utopia de emancipação. Depois disso, nada mais foi igual. A compreensão do mundo e os projetos para transformá-lo tiveram que se abrir à realidade das mulheres, a seus sonhos e sua força.¹¹²

Contudo, o movimento feminista é recente, ganhando força total mais especificamente nos últimos quarenta anos. Diante disso, resta a pergunta de onde estavam as mulheres antes de levantarem suas vozes ao espaço público. Castells afirma que a luta das mulheres esteve presente em toda a história, entretanto, na maioria das vezes, ausente dos registros dos compêndios e dos livros de história.¹¹³ Nesse mesmo sentido Perrot¹¹⁴, na obra *As mulheres ou os silêncios da história*, afirma:

[...] as mulheres não estão sozinhas neste silêncio profundo. Ele envolve o continente perdido das vidas tragadas pelo esquecimento em que se aniquila a massa da humanidade. Mas ele pesa mais fortemente sobre elas, em razão da desigualdade dos sexos, esta ‘violência diferencial’ (François Héritier) que estrutura o passado da sociedade. Esta desigualdade é o primeiro dado sobre o qual se enraíza o segundo dado: a deficiência dos traços relativos às mulheres, e que dificulta tanto a sua apreensão no tempo, ainda que essa deficiência seja diferente dependendo da época. Por que elas aparecem menos no espaço público, objeto maior da observação e da narrativa, fala-se pouco delas, e ainda menos, caso quem faça seja um homem que se acomoda em uma costumeira ausência, serve-se de um masculino universal, de estereótipos globalizantes e da suposta unicidade de um gênero.¹¹⁵

A partir do momento em que a mulher passou a ocupar o espaço público, principalmente no mercado de trabalho, para atender os interesses do capital, força dominante de produção, passa a se verificar a organização do pensamento e do discurso feminista no sentido de proclamar a independência da identidade feminina.

Tal percepção é fundamental para a compreensão da construção da família contemporânea, assunto a ser abordado especificamente no próximo capítulo, contudo, aqui, realiza-se um breve comentário sobre a relação do trabalho feminino, das conquistas das

¹¹² FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. **Gênero e desigualdade**. São Paulo: Ed. Sempreviva Organização Feminista, 1997, p. 7.

¹¹³ VINTEUIL, Frédérique. Marxismo e feminismo. In: VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989, p. 170.

¹¹⁴ PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Tradução: Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

¹¹⁵ PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Tradução: Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005, p. 11. Ver também a obra de Riane Eisler *O cálice e a espada: nosso passado, nosso presente*, acima citada. A presente obra relata vários momentos na história onde as mulheres participavam da vida pública, bem como trás à tona momentos de resistência das mulheres anteriores à modernidade.

mulheres e a influência dessa relação na proclamação da igualdade de sujeitos, prevista na Constituição Federal de 1988.

A percepção desta mudança é essencial para a adequada concretização do direito de família contemporâneo, seja para o enfrentamento da questão a que particularmente se dedica este trabalho, seja para a compreensão daquilo que o ordenamento jurídico dispõe sobre o fenômeno familiar como um todo. Esta dinâmica culminou, no ordenamento jurídico brasileiro, na promulgação da Constituição da República de 1988, onde foram inseridas diversas normas da família, objeto de todo um capítulo da Ordem Social.¹¹⁶

Salienta-se que a mulher sempre trabalhou, ainda que não tivesse uma “profissão”. Ela sempre desenvolveu atividades domésticas não remuneradas e outras atividades suplementares que contribuíam para a estruturação e manutenção da família, seja como operária ou costureira, seja como burguesa ou dona-de-casa, a mulher sempre teve obrigações para com a família e isso incluía o desenvolvimento do trabalho de forma subordinada ao homem e a estruturação familiar, não assalariada.

Godinho, Vinteuil e Olivares¹¹⁷, na obra dedicada a relatar a relação entre o movimento operário e o movimento feminista, afirmam:

[...] em primeiro lugar sobre o trabalho da mulher, que constitui a maior parcela do trabalho realizado pela humanidade, mas que escapa, em sua maioria, a relação de assalariamento e, portanto, a configuração de sua forma de trabalho como uma mercadoria com valor de troca de mercado. O resultado do trabalho feminino nas sociedades industriais em geral interessa no processo produtivo e reprodutivo da sociedade, que produz valores de uso e de serviço, mas não valor de troca - na medida em que não se destinam a serem comercializados - e permite a redução do valor da força de trabalho.¹¹⁸

Uma parcela da população, que até o início do século XX permaneceu velada por de trás das cortinas, passou a ocupar os postos de trabalho, mas isso em razão da ausência de força de trabalho masculina, vez que os homens em idade produtiva largaram as famílias e os

¹¹⁶ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 104.

¹¹⁷ VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989.

¹¹⁸ VINTEUIL, Frédérique. **Marxismo e feminismo**. In: VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989, p. 4.

empregos a fim de se aliar ao *front*, para lutar contra os inimigos, tanto na primeira, como na segunda Guerra Mundial.¹¹⁹

Em razão da ausência do homem, considerado o chefe da casa, que muitas vezes sequer conseguiu retornar do campo de batalha, a mulher se viu obrigada a formatar uma solução, e esta se caracterizou por ser uma postura utilitarista de mão dupla, vez que serviu tanto aos interesses da família que necessitava de renda para sua manutenção, como aos interesses das forças de dominação, posto que o trabalho feminino apresentava um custo menor para o dono da fábrica e, dessa forma, o mercado permanecia abastecido e a um custo baixo para o empregador.

Vinteuil¹²⁰, ao tratar da relação entre o marxismo e o feminismo a partir da ótica da exploração das forças de trabalho pelo capital, deixa bem claro que Marx e Engels, embora tenham ocupado seu tempo e de seus contemporâneos em discursos sobre a divisão social em classe, não se mostraram prodigiosos na construção de teses a respeito da divisão da sociedade em gênero e as relações de dominação em razão do sexo. Contudo, eles contribuem para a compreensão da origem do feminismo, posto que vincularam a mudança de paradigmas culturais, a partir do desenvolvimento do trabalho feminino, ocorrido especificamente e de forma remunerada no início do capitalismo. Nesse sentido, não se pode olvidar que Engels contribuiu muito com a obra denominada *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, onde entre muitos outros temas, afirmava que a primeira forma de opressão teve as mulheres como vítimas.¹²¹

Quando o capital se apoderou da máquina, o seu lema foi: trabalho para as mulheres, trabalho para as crianças. A explicação desta preferência parece evidente: as mulheres, ao contrário dos membros das antigas corporações, não tinham qualificação e eram infinitamente mais adaptáveis às novas condições de trabalho, a sua educação e, sobretudo a extrema precariedade da sua existência, fazia-as dóceis.

Esta explicação é conjuntural, e como tal dava a Marx. Mas, não obstante a super-exploração da mão de obra feminina é, até no capitalismo tardio, um

¹¹⁹ “A primeira guerra mundial foi um marco importante para o feminismo europeu. Ao mesmo tempo em que interrompeu as lutas das organizações feministas, requisitou as mulheres como força de trabalho para substituir os homens que estavam na guerra, forçando-as a deixar os lares. Terminada a guerra, a situação ‘não voltou ao normal’, como muitos imaginavam, sendo que o mesmo ocorreu ao final da Segunda Guerra Mundial”. (MADERS, ANGELIN, 2010, p. 101. Ver também o capítulo: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. Igualdade e especificidade. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Orgs.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.).

¹²⁰ VINTEUIL, Frédérique. Marxismo e feminismo. In: VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989, p. 8-10.

¹²¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev., São Paulo: Editora Escala, 2005.

fenômeno estrutural. Ninguém ignora que a desigualdade profissional entre os sexos é a regra em qualquer nível de pirâmide social. A subqualificação não é uma causa, mas a consequência da necessidade do capital dispor de uma mão-de-obra super-explorada.¹²²

Com a ascensão do capitalismo e a necessidade de uma força de trabalho que permitisse a superexploração, as mulheres foram tragadas pelo mercado de trabalho, sem, contudo, deixar de exercer as atividades domésticas essenciais a manutenção da família patriarcal.

Desde o nascimento oficial do feminismo organizado, ocorrido em 1848 em uma capela em Seneca Falls, Nova York, as feministas americanas engajaram-se numa prolongada luta em defesa dos direitos da mulher à educação, trabalho e poder político, que culminou em 1920 com a conquista do direito ao voto.¹²³

Após a conquista do direito ao voto, nos Estados Unidos, a organização feminista manteve-se afastada do local público por cerca de cinquenta anos, ressurgindo na forma de movimento organizado apenas em 1960, oriundo, então, dos movimentos sociais e das lutas contra culturais. Com o ressurgimento do feminismo como movimento organizado, surgiram diversas correntes de cunho ideológico, divididas em liberais e radicais: as primeiras buscavam a equiparação dos direitos das mulheres aos direitos dos homens, através do diálogo político, com outorga de direitos em troca de apoios; no contraponto, as radicais defendiam a criação de uma identidade cultural de cunho exclusivamente feminista e fundamentando suas lutas num trabalho de profunda conscientização das mulheres.¹²⁴

¹²² VINTEUIL, Frédérique. Marxismo e feminismo. In: VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989, p. 12-13.

¹²³ VINTEUIL, Frédérique. Marxismo e feminismo. In: VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989, p. 212.

¹²⁴ “De um lado, na esteira do trabalho da Comissão Presidencial sobre a Condição da Mulher de John F. Kennedy, realizado em 1963, e da aprovação do título VII da lei dos direitos civis de 1964 relativos aos direitos das mulheres, um grupo de mulheres influentes, encabeçadas pela escritora Betty Friedan, criou a Organização Nacional da Mulher (NOW). Aproximadamente na mesma época, as participantes de diversos movimentos sociais radicais, em partículas a Estudantes por uma Sociedade Democrática (ESD) começaram a organizar-se separadamente em reação à discriminação sexual e a dominação masculina, generalizada nas organizações revolucionárias que conduziam não só ao abuso pessoal das mulheres, mas também a ridicularização da posição feminista como sendo burguesa e contrarrevolucionária. O que surgiu em dezembro de 1965, como um workshop sobre ‘Mulheres Engajadas no Movimento’ na Convenção da ESD e articulou-se como libertação feminina em uma convenção realizada em Ann Arbor Michigan, em 1967, gerou uma enxurrada de grupos femininos autônomos, tendo a maioria se separado dos movimentos políticos revolucionários predominantemente masculinos, dando início ao feminismo radical”. (CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 212-213.).

Contudo, o movimento feminista não é algo estático e identificado por uma única ideologia ao logo de sua existência, posto que, assim como a própria história da mulher que, com o passar dos tempos, ganhou espaço, reconhecimento e uma certa condição igualitária. O feminismo também se renovou de acordo com as novas necessidades das mulheres, sendo contudo, um movimento global, que busca na luta pelo reconhecimento da diversidade de identidades, seu mais forte pilar de sustentação. Nas palavras de Castells, é possível identificar esse cunho híbrido e mutante da luta feminina por reconhecimento.

Assim, por intermédio de uma variedade de práticas de auto identificação, mulheres de diferentes origens e com objetivos diversos, porém compartilhando uma mesma fonte de opressão que as define sob uma perspectiva externa a elas próprias, constituíram para si, uma identidade nova e coletiva: na realidade, foi isso que viabilizou o processo de transição das lutas femininas, transformando-as em movimento feminista.¹²⁵

Portanto, o feminismo é a origem e a maior fonte que alimenta todas as transformações sociais vistas nas últimas décadas, principalmente envolvendo a mudança ocorrida em relação ao paradigma patriarcal, masculino e econômico que cedeu espaço a novas formas de organização social, em razão das novas possibilidades de formação familiar. Sendo assim, a família moderna é plural e não apenas formada por um casal heterossexual unido pelos laços do casamento.

A emergência de um novo sujeito – os/as homossexuais – é resultado de um movimento cultural que possui suas raízes na modernidade, mas que aflora com mais vigor, a partir da metade do século XX. Os processos de subjetivação, de autonomização e de individuação, que se sucedem a partir da década de sessenta do século passado foram fundamentais para o surgimento de novos sujeitos sociais e culturais. Pode-se afirmar que as ideias geradas e gestadas na modernidade foram, aos poucos vivenciadas de tal forma que fizeram emergir uma nova cultura, resultado desta vivência uma consciência de lutas contra a discriminação e a violência motivada pelo preconceito.¹²⁶

Contudo, há que se fazer uma ressalva crítica em relação as reais modificações paradigmáticas e culturais introduzidas pelo movimento feminista que resultaram na possibilidade de transformação das relações humanas, ocorridas a partir da segunda metade do

¹²⁵ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 219-220.

¹²⁶ HAHN, Noli Bernardo; AIMI, Volimar. A Bíblia, a homossexualidade e o direito. In: BERTASO, João Martins. **Cidadania e Interculturalidade**. Santo Ângelo: Furi, 2010, p. 46.

século XX. Para tanto, há que se indagar se as conquistas dos movimentos feministas realmente contribuíram para a modificação da situação de opressão da mulher, da condição de exclusão para a condição de reconhecimento e inclusão da diferença da identidade feminina, ou se também serviu como forma de manipulação das mulheres, enquanto movimento, pelas forças de dominação alicerçadas no capital e na família patriarcal, a fim de se manter intacta a origem da dominação.

Neste contexto, o que Bourdieu e Castells chamam de dominação masculina, Marx e Engels vão chamar de dominação capitalista das forças de trabalho e, a partir dessa leitura, o movimento feminista não representaria a conquista efetiva e real de espaço e reconhecimento pela mulher, mas sim um movimento que também serviu a conveniência econômica, a qual, naquele determinado momento histórico, permitiu, em razão da necessidade econômica de força de trabalho acessível e barata, que a mulher ocupasse os postos de trabalho, servindo perfeitamente à produção massificada de bens de consumo e obtenção de lucro, posto que além de produzir, a mulher, ainda que com remuneração diferenciada (inferior a do homem), passou a consumir.¹²⁷

Em pleno século XX, com toda a consciência que a reflexão centenária possibilitou em relação à afirmação do sujeito, rompendo com uma tradição milenar de sujeição a uma razão externa, fomos surpreendidos com uma ‘mão invisível’ que estava tomando as rédeas da história. A mão invisível, onipresente, onipotente, é denominada mercado. Começa-se a dizer que o mercado decide, que o mercado impõe, que o mercado escolhe.¹²⁸

Assim, quando se aborda o tema envolvendo as conquistas das mulheres, não se está apontando apenas uma questão de gênero ou a submissão feminina em razão da dominação masculina, mas está se referindo também a uma dominação econômica pelas forças de produção do capital.

¹²⁷ Gabriela Bonacchi e Ângela Groppi na obra *O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres* afirma que “[...] é fácil de fato demonstrar que os Estados liberais-democráticos negaram por muito tempo a cidadania as mulheres, e depois, quando a reconheceram, não a realizaram plenamente, no sentido em que atualmente as mulheres voltam a ser cidadãs de segunda classe. Por um lado, de fato, ao direito de voto não corresponde uma adequada representatividade feminina nos órgãos legislativos e governamentais. Por outro, a cidadania plena não afetou as práticas discriminativas e a generalizada subordinação feminina na sociedade, que só recentemente, com muito esforço e luta, foram reconhecidas como *issues* políticos e não apenas privados, embora esse reconhecimento seja pouco sólido e apenas parcial. Se a prática das democracias liberais é deste tipo, surge então a hipótese de que os problemas do liberalismo a esse respeito tem origem na teoria”. (BONACCHI, Gabriela; GROPPi, Ângela. **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. Tradução Álvaro de Lorencci. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995, p. 237.)

¹²⁸ HAHN, Noli Bernardo. A questão do sujeito e o sujeito em Alain Touraine. **Revista Direitos Culturais**, v. 3, n. 4, Santo Ângelo, 2008, p. 180.

A história mostra que a mulher brasileira somente passou a ter espaço, ou seja, reconhecimento social positivo nas décadas de 1970, 1980 e 1990. Contudo, são inegáveis as modificações introduzidas na sociedade, na família e na cultura trazida pela inserção da mulher no ambiente público, sendo que tal situação colaborou sensivelmente para as transformações nas relações humanas. É evidente que foi por sua própria iniciativa que a mulher conquistou o espaço público, posto que, apenas nesse local, poderia lutar pelo reconhecimento de sua identidade diferenciada, até então negligenciada pela dominação masculina. Contudo, o capital aproveitou-se de tal iniciativa a fim de utilizá-la como força de trabalho a um custo baixo e bastante eficiente e, tendo a mulher dinheiro e contribuído para o sustento da família e para a aquisição de bens de consumo, passou a ter voz no núcleo familiar, primeiro local no qual se operava a opressão.

Atualmente, pode-se afirmar que existe um reconhecimento da identidade feminina, contudo ocorre de forma equivocada, posto que o reconhecimento real e efetivo da diferença de sexo e o tratamento de fato respeitoso exigiria uma concepção realmente multicultural de respeito à diferença, o que não se concebe no atual modelo liberal de construção social. Contudo, as mazelas sofridas pelas mulheres, ao longo da história, seja enquanto objeto de dominação do marido, seja enquanto objeto de produção de capital, estão vigorosamente ligadas as teorias que embasam o liberalismo, na questão da igualdade formal e na cegueira em relação a diferença.¹²⁹

A mudança de paradigmas nada mais foi do que a aceitação pela sociedade liberal, capitalista e patriarcal do trabalho feminino e, em razão do trabalho, a obtenção de renda, o que fomenta o mercado de consumo e vai acabar por outorgar à mulher a posição de liderança familiar ao lado do marido. Contudo, é possível vislumbrar que modificações estruturais na família patriarcal de fato não ocorreram, posto que a maioria das mulheres não passaram a ter

¹²⁹ Nesse sentido, Bonacchi e Groppi na crítica ao conceito de cidadania das mulheres na concepção liberal, afirmam que o que embasa a teoria liberal são quatro pilares que ao final representam toda a problemática da construção social, sendo tais pilares a linguagem universalista, a distinção público-privado, o princípio da neutralidade e da imparcialidade do Estado e a cegueira a diferença “*difference blindness*”. (BONACCHI, Gabriela; GROPPi, Ângela. **O dilema da cidadania**: direitos e deveres das mulheres. Tradução Álvaro de Lorencci. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995, p. 237.). Outro fator interessante que ressalta a tese da dominação ser uma questão econômica e não de simplesmente uma questão de gênero é o fato de que com a revolução francesa, nasce a padronização da moeda e o fim da economia de troca, com a incorporação da moeda no início da idade moderna, os homens desenvolvem papel prodigioso na industrialização e na obtenção de riqueza com a venda de tais produtos, contudo, embora as forças de trabalho estivessem em mãos masculinas, comete-se um equívoco ao dizer que isso gerou uma dominação de gênero, posto que, se naquele momento histórico, de transição, o comércio fossem desenvolvido pelas mulheres, hoje sealaria em uma dominação feminina, em razão delas possuírem o monopólio das relações econômicas, o que comprova que as forças de dominação somente agem desta forma por que detém o poder econômico, sendo que isso não depende do gênero.

uma relação de divisão das obrigações domésticas e de cuidado com as crianças, mas sim absorveu mais um compromisso para a sua vida já tão atribulada, que é contribuir efetivamente e igualmente com o orçamento familiar.

Dessa forma, o movimento feminista contribuiu profundamente para as transformações nas relações humanas, porque a mulher conquistou reconhecimento social (embora parcialmente) e, ao mesmo tempo porque obteve renda e trabalho e, assim, com a ocupação do espaço público e a reivindicação do reconhecimento à diferença da condição de mulher, ela passou a influenciar as diferentes relações humanas, sejam elas no campo do trabalho, da família, da sociedade, da política e da economia.

Com isso, a questão da dominação econômica, que se sobrepõe a questão da dominação de gênero, é fundamental para a explicação das mudanças de paradigmas culturais ocorridas na modernidade e essencial para a construção de uma sociedade multicultural, não mais apenas sob uma ótica romântica de respeito a todas as diferenças culturais, mas também sob a ótica utilitarista, discutindo primordialmente a questão econômica e de desenvolvimento de renda pelos grupos excluídos, vislumbrando as possibilidades desses grupos culturais hipossuficientes obterem renda, vez que, se não se passar pela questão econômica, não há como se falar, fora do campo da ideologia, da questão multicultural.

As transformações introduzidas pelo movimento feminista devem-se a flexibilidade e a diversidade do movimento que acabou por criar redes de sustentação, fornecendo materiais discursivos para a cultura feminista e para a criação do pensamento de resistência ao patriarcado, o que resultou na criação do conceito de *geração política e micro legiões*, introduzido por Whittier, que se destinava a verificar a evolução do movimento feminista, a sua continuidade e a desconexão do movimento atual em relação ao comportamento originário das feministas radicais, embora a conceituação do pesquisador estivesse desligada da antiga divisão entre liberais e radicais.¹³⁰

As influências atuais do feminismo, que contribuiram para inter-relação entre veteranas e recém-chegadas versa especificamente sobre três questões fundamentais, quais sejam: a primeira diz respeito a importância que as lésbicas conquistaram no movimento, a segunda diz respeito a importância dada pelas novas gerações a questão da sexualidade e da valorização do comportamento feminino a partir de uma identidade própria, abandonando o modelo antigo de reprodução da imagem masculina para a obtenção do reconhecimento

¹³⁰ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 217-218.

feminino, e a terceira referente a disposição das mulheres e principalmente das lésbicas em compartilharem seus objetivos com movimentos masculinos homossexuais que, embora separatistas, são vítimas da mesma opressão, situação esta claramente vista na aliança entre o movimento gay e lésbicas.

Referente à contribuição do movimento feminista para o movimento de gays e lésbicas, pode-se afirmar que, já no início, o movimento feminista encontrou abrigo entre as lésbicas que cresciam de forma inexorável, sendo que a questão da sexualidade acabou por questionar os próprios preconceitos femininos que até então não haviam sido voltados os olhos para a diversidade de orientação sexual. Contudo, o movimento de lésbicas e gays acabou por ser uma das bandeiras na luta feminista pelo reconhecimento da diversidade de identidades.¹³¹

Assim, o feminismo contribuiu para a organização dos movimentos de gays e lésbicas que passaram a buscar no espaço público o reconhecimento que lhe era negado. Nesse sentido, Keitel¹³² afirma que nas décadas de 1980 e 1990 o movimento homossexual passou a ocupar o espaço público para a realização de suas reivindicações de forma autônoma.

Assim, se para o Movimento Homossexual das décadas de 1970 e 1980, afirmar-se gay ou lésbica era simplesmente motivo de orgulho e já considerado o bastante na formulação de políticas públicas específicas, isto não parece ser suficiente nos dias atuais.

Na década de 1990, foi possível assistir o reflorescimento do movimento homossexual com sua institucionalização, em muitos casos, e com uma aproximação do Estado e de organizações internacionais. A mobilização de gays e lésbicas e a solidificação de uma cultura gay teve como desdobramento a segmentação de mercado para esse público. Tal mercado especializado no público gay significa uma nova rede de infraestrutura: um circuito de casas noturnas; a mídia segmentada; festivais de cinema; agências de turismo; livrarias; programas de TV e canal a cabo; sites e lojas de roupas.

Atualmente, o movimento homossexual encontra-se sob nova estrutura social: forte presença da mídia e de outros movimentos sociais, diálogo com redes internacionais de defesa de direitos humanos, atuação junto às agências estatais, respostas diante das organizações religiosas, manifestações de dia do Orgulho Gay. Seu formato institucional é regido pelo modelo das organizações não governamentais (ONGs) em que certa infraestrutura e organização são exigidas pela necessidade do financiamento e institucionalização.¹³³

¹³¹ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 223.

¹³² KEITEL, Ângela Simone Pires. **Movimento(s) homossexual(is): a luta do homossexual no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito (Programa de Pós-Graduação strictu sensu – Mestrado). Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Santo Ângelo, 2010.

¹³³ KEITEL, Ângela Simone Pires. **Movimento(s) homossexual(is): a luta do homossexual no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito (Programa de Pós-Graduação strictu sensu – Mestrado). Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Santo Ângelo, 2010, p. 38.

Como no feminismo, o movimento homossexual, que sempre se vinculou as disputas das mulheres, passou a ocupar o espaço público e, a partir desse momento, conquistou visibilidade, o que contribui para o reconhecimento de uma existência diferenciada.

Após o início do movimento feminista, muitos paradigmas sociais foram quebrados. Nessa onda de evolução, a família e o casamento sofreram e sofrem profundas transformações, abandonando o modelo tradicional de pai, mãe e filhos e adotando contornos modernos, nos quais é possível a verificação de famílias formadas pela mulher e seus filhos, por avós e netos, ou então tios e sobrinhos. Da mesma forma que a união estável equiparou-se ao casamento, o divórcio é cada vez mais rápido e fácil de ser concretizado, em termos legais. Assim, também a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo, com objetivos de construção de vida duradoura se manifesta no atual Estado de Direito.

Ao concluir o capítulo, constata-se que as questões relacionadas ao reconhecimento da identidade de cada indivíduo perpassam por uma série de contornos sociais que forjam seu comportamento, a sua identidade, o seu papel como ator social, influenciado diretamente o reconhecimento do sujeito enquanto tal e do sujeito enquanto integrante de um determinado grupo. Portanto, fica evidenciado, igualmente, que o reconhecimento é uma via de mão dupla, interferindo na identidade, tanto para incluir determinado sujeito em determinado grupo, como, por exemplo, ocorre com os homossexuais que se reconhecem como tal e se incluem no movimento homossexual, quanto para excluir o sujeito de outro determinado grupo social, como ocorre com os homossexuais em relação aos heterossexuais, num movimento de inclusão e exclusão categorizada.

Dessa forma, entende-se que o reconhecimento é uma construção social influenciada por diversos movimentos de interação e rejeição, criando-se um padrão de normalidade e determinado um comportamento tido como anormal. Contudo, essa situação de aceitação e rejeição não é estática e nem permanente, posto que se transforma assim como as relações sociais são transformadas. Se, num primeiro momento, verifica-se as mulheres como objeto da vontade masculina, tem-se, em outro momento social, a mulher como agente de transformação da sua realidade e da realidade dos sujeitos que a cercam.

A relação homossexual e a busca de tal movimento por espaço e reconhecimento constitui a situação que conjuga todos os aspectos da presente pesquisa, já que tais sujeitos gozam de uma situação diferenciada de comportamento, o qual lhes impõe uma condição de constantes reivindicações. Contudo, tal comportamento padrão de resistência e antidominação

só é necessário em razão dos padrões do pensamento tradicional, os quais impõe ao modelo homossexual a peche de inadequado. Todavia, a modernidade tem por função garantir a tais sujeitos a livre manifestação de sua orientação sexual sem que isso implique em perda ou desrespeito.

Diante de tais considerações, o capítulo que segue visa abordar as transformações da família de acordo com cada momento histórico, passando pela família na antiguidade até se chegar à família contemporânea, fazendo, para tanto, uma interpelação entre a viabilidade da construção da família homossexual e sua negação diante do discurso e das práticas discriminatórias que são fruto do reconhecimento equivocado das identidades homossexuais.

2 A FAMÍLIA DE ONTEM, DE HOJE E DE AMANHÃ DIANTE DE PARADIGMAS CULTURAIS E HISTÓRICOS

A família vista como instituição e as transformações culturais sofridas por ela ao longo da história da humanidade influenciaram os padrões e as relações sociais, assim como, a forma da construção do reconhecimento dos indivíduos, fundamentado num padrão pré-determinado, aceito como “normal” e promovidos pelo Estado, enquanto instituição, e pelos grupos, enquanto formadores de concepções.

Nessa análise, observa-se, inicialmente, que as famílias de descendência materna e linhagem feminina, denominadas de matrilineares, construíram uma forma de sociedade organizada baseada na cooperação, como ocorreu em Creta, civilização de destaque na antiguidade pelo modelo de *gilania*¹³⁴ adotado. No mesmo sentido, a família patriarcal organizou uma sociedade baseada na dominação androcática¹³⁵, promovendo a cultura da autoafirmação de uma civilização a partir da aniquilação de outra.¹³⁶

Acontecimentos e fatos vivenciados no decorrer da história fizeram com que a família adquirisse diversos contornos na modernidade, após sofrer uma sucessão de derrotas na tentativa da manutenção do modelo patriarcal. Atualmente, o afeto passou a ocupar local de destaque nas relações familiares entre os genitores e desses com seus filhos, possibilitando um modelo mais eudêmico de união familiar, inclusive exigindo do Estado, a proteção aos laços afetivos com prioridade sobre o vínculo patrimonial.

Na seara do afeto estão plantados igualmente a valorização da vontade individual e a garantia dos direitos fundamentais, que irão refletir no ideário e dispositivos da Constituição Federal de 1988, a qual encontra-se baseada na promoção e na garantia da dignidade da pessoa humana, eleita como princípio estrutural de organização social. Este fato proporcionou

¹³⁴ A *gilania* é entendida como sendo “[...] uma alternativa palpável ao sistema baseado no escalonamento de uma metade da humanidade sobrepondo-se a outra, propondo o neologismo *gilania*. *Gi* deriva da raiz grega *gyne*, ou ‘mulher’; *an* deriva de *andros*, ou ‘homem’. A letra ‘l’ entre as duas sílabas tem duplo significado: representa a ligação entre as duas metades da humanidade – ou seja, não se trata de um escalonamento, como na androcracia – e em grego deriva do verbo *lyein* ou *lyo*, que por sua vez também tem duplo significado: resolver ou solucionar (como se vê da palavra *análise*) e dissolver ou libertar (como na palavra *catálise*). Nesse sentido a letra ‘l’ representa a solução de nossos problemas através da libertação das duas metades da raça humana em relação aos papéis degradantes e distorsivos, que foram rigidamente impostos pelas hierarquias de dominação inerentes aos sistemas androcáticos”. A androcracia por sua vez é “[...] um sistema social regido pela força, ou ameaça de uso da força pelos homens [...] deriva das raízes gregas *andros*, ou ‘homem’, e *kratos*, ou ‘governo’”. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 165.).

¹³⁵ Ver nota de rodapé nº 134, acima.

¹³⁶ A sociedade androcática iniciou-se no mesmo período da utilização dos metais na produção de armas letais e não mais apenas, no desenvolvimento de ferramentas de trabalho.

que a referida Constituição recepcionasse as uniões estáveis, as famílias monoparentais e o privilégio da manutenção da criança e do adolescente na família extensa com prioridade sobre a família substituta, nos casos de destituição do poder familiar.

Baseado nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, que são frutos de um comportamento social sedento de cidadania, e na efetivação daqueles a partir da adoção da isonomia com o padrão de comportamento social, estatal e legal, surge a família contemporânea, a qual se estrutura de forma plural e recepciona, além dos modelos positivados, todos outros modelos que puderem se enquadrar na concepção de família ligada os laços de afeto e cooperação que une os sujeitos.

Com isso, como ponto fundamental deste capítulo, tem-se a questão da equiparação da união homossexual à entidade familiar, bem como a análise dos argumentos que se contrapõe a tal afirmativa, ou seja, o positivismo legal, que impõe uma interpretação restritiva ao disposto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, em detrimento a aplicação extensiva dos princípios constitucionais que garantem a supremacia da principiologia sobre as regras que afrontam dispositivos constitucionais de observância geral.

Nesse contexto, mesmo o Supremo Tribunal Federal brasileiro outorgando reconhecimento legal a união homossexual com *status* da família¹³⁷, percebe-se que a falta de disposição legal expressa, proporciona margem ao discurso conservador e preconceituoso que, baseado no reconhecimento equivocado de gays e lésbicas acaba promovendo a discriminação destes.

Diante do exposto, o presente capítulo seguirá uma sequência de temas abordados a fim de justificar o acima exposto, iniciando com uma breve abordagem da evolução da família dentro do contexto histórico, estudo este baseado, principalmente na teoria de Friedrich Engels. Num segundo momento, será trabalhada a questão da velha e da nova família brasileira e, para finalizar, diante do marco central da principiologia Constitucional, será dada vazão a argumentações jurídicas visando justificar o reconhecimento das famílias homossexuais.

¹³⁷ Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF, que determinou a interpretação conforme a Constituição Federal para o art. 1.723 do Código Civil.

2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSTITUIÇÃO FAMÍLIA NA EVOLUÇÃO DAS CIVILIZAÇÕES

A família constitui o primeiro núcleo de convivência de cada indivíduo, servindo como meio onde a identidade e o reconhecimento desta são construídos. É na família que a pessoa, num primeiro momento, se reconhece e reconhece seus pares, partindo dos paradigmas apresentados por essa instituição para a construção das demais relações sociais. Assim, tão antiga quanto a própria existência da humanidade, a família constitui o primeiro vínculo que relaciona as pessoas, existindo em todas as épocas da civilização, embora de formas totalmente diferenciadas. Assim, representado, ora pelos vínculos de sangue, ora por vínculos de proximidade, o grupo familiar é, desde o nascimento da humanidade, o primeiro núcleo de relacionamento dos indivíduos.

Nos primórdios da humanidade, é possível verificar a existência dos clãs, onde os indivíduos não eram necessariamente unidos pelos laços de sangue, mas já demonstravam um comportamento de agrupamento, a fim de garantir a sobrevivência e, posteriormente, quando deixou-se de se viver de forma nômade, o agrupamento das pessoas tinha expressiva utilidade na fixação destas ao território, ou seja, com a necessidade da demarcação do território, a união em grupos se mostrava mais promissora no objetivo de manutenção do mesmo. Com o passar dos tempos, o aumento populacional e as novas estruturas sociais, a família passa a representar um ícone social capaz de determinar a estruturação de toda a sociedade.

A família é a instância fundamental na mediação entre o indivíduo e sociedade, integrado o leque de instituições comprometidas com a reprodução da ordem social. Esse papel de agente socializador é atribuído a família pelas mais diversas correntes do pensamento sociológico, do funcionalismo parsoniano ao marxismo crítico da Escola de Frankfurt, representado por Adorno e Horkheimer. No entanto, a compreensão de que as formas históricas da família variam muito quanto a estrutura, exercício da autoridade em relação ao meio social é consensual no meio acadêmico. O modelo da família moderna, hegemônico no mundo ocidental, é entendido, por conseguinte, como uma construção econômica, político, social e cultural, demarcada temporal e espacialmente.¹³⁸

Contudo, embora a organização patriarcal familiar seja a predominante durante uma longa parte da história da civilização, essa situação não ocorreu sempre desta forma, havendo registros, a partir da arqueologia, de que em determinadas épocas as pessoas mantiveram

¹³⁸ MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 25.

relações de cooperação e parceria entre elas, e essas relações vem marcadas em sociedades onde as mulheres exerciam um papel de destaque. A partir da análise dos registros arqueológicos, tem-se notícia de que, no período Paleolítico e, posteriormente, no período Neolítico, existia o culto a Deusas, fruto da concepção que ligava a ideia de fertilidade da terra a percepção da força feminina em gerar a vida. Assim, como a própria terra era fundamental para a existência da vida humana, a mulher, que gerava a vida aos seres, era cultuada de forma proeminente. Eisler contribui com essa teoria, demonstrando que “[...] a figura feminina foi encontrada nas escavações ocupando um lugar central. A figura masculina também ocupava espaço, mas em posições periféricas”.¹³⁹ É possível constatar ainda que, “Pesquisas arqueológicas evidenciam que os seres humanos, do período paleolítico e neolítico, viviam em um sistema de parceria entre mulheres e homens, sendo as mulheres veneradas por seu poder de gerar a vida e, com isso, manter a espécie humana”.¹⁴⁰

Portanto, as pessoas que viveram no período neolítico, conforme evidências arqueológicas tinham uma mentalidade voltada à adoração e respeito as mulheres, sendo o prestígio feminino superior do que se pode perceber no decurso da história da humanidade.¹⁴¹

[...] prestígio feminino, provavelmente muito superior àquele do período precedente. Esse poder feminino e materno é atestado por um número impressionante de esculturas e de representações de personagens femininos de porte imponente, cuja natureza divina se afirma cada vez mais nitidamente. Ao mesmo tempo, as representações masculinas tornar-se-ão cada vez mais raras e mais pobres, despojadas do aspecto hierático e mágico reconhecido para as deusas.¹⁴²

Ruether, em sua obra *Sexismo e Religião: rumo a uma teologia feminista* pondera, com muita propriedade, que “[...] a partir de indícios arqueológicos a mais antiga imagem humana do divino era feminina, mais do que isto era também a Matriz primordial, o grande útero do qual eram geradas todas as coisas”.¹⁴³

¹³⁹ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 45.

¹⁴⁰ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, loc. cit.

¹⁴¹ SIKORA, Rogério Moraes; ANGELIN, Rosângela. Relação de gênero e dignidade da pessoa humana no Estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção de equidade de gênero. In: **Direitos Culturais**, v. 5, n. 9, jul./dez. 2010. Santo Ângelo: Ediuri, 2010, p. 45-66.

¹⁴² BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro**: relações entre homens e mulheres. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 58.

¹⁴³ RUETHER, Rosemary R. **Sexismo e religião**: rumo a uma teologia feminina. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1993, p. 47.

Eisler¹⁴⁴ na obra *O Cálice e a Espada* faz uma análise profunda sobre a questão dos registros arqueológicos e a forma como os mesmos são interpretados na atualidade, ressaltando que a leitura atual que é dada aos respectivos registros decorre da concepção atual de organização social, ou seja, principalmente a concepção pós-cristianismo que confere ao gênero feminino papel de submissão em relação ao masculino. Contudo, para que os registros possam de fato transmitir a realidade sobre a forma de estruturação social observada na pré-história é necessário que se faça a interpretação em conformidade com o momento histórico daquela civilização. Entretanto, existe uma certa dificuldade de transmissão, com dados mais precisos, do modelo de família anterior ao do império Romano, em razão de não ser conhecida a escrita, o que dificulta significativamente a transmissão das informações. Nesse sentido, Sapko apresenta, expressamente, esta dúvida:

O estágio inicial de organização familiar tem instigado os pesquisadores até hoje, mas de palpável, pouco se obteve, já que inexistem registros desta fase. O que se tem são ideias imprecisas, criadas dentro do ideário de seus autores, inspiradas nos conceitos naturalistas, evolucionista ou sociológico.¹⁴⁵

Em razão da dificuldade de transmissão das informações e, ao mesmo tempo de uma análise preconceituosa a cerca das relações de gênero, alguns autores chegam a afirmar que a sociedade sempre se organizou de forma patriarcal. Porém, não se pode olvidar registros de um momento histórico onde reinava o matriarcado¹⁴⁶ ou a matrilinearidade. Contudo, em razão de equívocos de interpretação, afirmam alguns autores que nesse momento reinava a promiscuidade.

Dois teorias básicas podem ser relatadas: a matriarcal e a patriarcal. A primeira, assentada sobre a ideia de que a família se originou de um estágio inicial de promiscuidade onde todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros, a

¹⁴⁴ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Ed. Pallas Athenas, 2008, p. 57-72.

¹⁴⁵ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

¹⁴⁶ “O ‘matriarcado’ é a definição de uma relação de poder onde os homens estão submetidos ao poder das mulheres. As evidências históricas não demonstram esta relação e sim, uma relação de ‘matrilinearidade’ onde a sucessão é contada a partir das mães”. (SIKORA, Rogério Moraes; ANGELIN, Rosângela. Relação de gênero e dignidade da pessoa humana no Estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção de equidade de gênero. In: **Direitos Culturais**, v. 5, n. 9, jul./dez. 2010. Santo Ângelo: Ediuri, 2010, p. 50).

segunda fundada na ideia de que o pai sempre foi o centro da organização familiar, negando a existência deste período inicial de promiscuidade.¹⁴⁷

A ideia de promiscuidade vinculada ao matriarcado está equivocada. Engels faz uma narrativa do comportamento dos homens e das mulheres da época em relação ao matrimônio, afirmando que há registros históricos de que, no princípio, não havia um relacionamento denominado casamento, nos moldes que posteriormente vai ser incorporado a civilização. Portanto, nesse período as relações sexuais se estabeleciam de forma livre inclusive entre pais e filhos e irmãos.¹⁴⁸

Que significa relações sexuais sem entraves? Significa que não existem os limites proibitivos vigentes hoje ou numa época anterior para essas relações. Já vimos cáírem as barreiras do ciúme. Se algo pode ser estabelecido irrefutavelmente, foi que o ciúme é um sentimento que se desenvolveu relativamente tarde. O mesmo acontece com a ideia de incesto.¹⁴⁹

O modelo de sexo livre vai perdurar durante longo período na história da humanidade, contudo, as relações entre parentes consanguíneos vai sendo reduzida até atingir a extinção e, posteriormente, a proibição. Nesse sentido, Engels enfatiza o surgimento da família consanguínea, onde os grupos conjugais se classificam por gerações. Assim, todos os avôs e avós são casados entre si e assim sucessivamente, ou seja, todos os filhos do casal são, ao mesmo tempo, irmãos e maridos e mulheres.¹⁵⁰

Nela os grupos conjugais se separam por gerações. Todos os avôs e avós, dentro dos limites da família, são, em seu conjunto, maridos e mulheres entre si. O mesmo ocorre com os respectivos filhos, quer dizer, com os pais e mães. Os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns e seus filhos, bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de família, portanto, só os ascendentes e os descendentes, os pais e os filhos, estão reciprocamente excluídos dos direitos e deveres (como poderíamos dizer) do casamento.¹⁵¹

¹⁴⁷ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 22.

¹⁴⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 36. Esta teoria também é defendida por Riane Eisler, na obra denominada *O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro*, já citada nesta dissertação.

¹⁴⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 36.

¹⁵⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 37-38.

¹⁵¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 47.

Após o período da família ligada por laços consanguíneos, o autor fala da existência da família Punaluana, onde é extinta a relação ente pais e filhos e posteriormente entre irmãos, vigorando o casamento por grupos, contudo fazendo-se a distinção entre as *genes*, ou seja, as *genes* eram formadas por agrupamentos familiares distintos, sendo expressamente proibido o casamento entre os componentes da mesma *genes*. Assim, os homens de uma *gene* somente poderiam se unir as mulheres de outra *gene*, ainda que, de forma coletiva, e vice-versa, ressaltando-se que as *genes* obedecia a linhagem materna, ou seja, os grupos consanguíneos era formados em razão da linhagem da mãe, já que em razão do casamento por grupos, era difícil se ter certeza de quem era o pai.

Sendo assim, “em todas as famílias por grupo, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe”.¹⁵² Diante da proibição das relações sexuais entre todos irmãos e irmãs e parentes colaterais por linha materna, este grupo, conforme pondera Engels, “[...] se transforma numa *gens*, isto é, constitui-se como um círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina que não podem casar entre si”.¹⁵³

Finalmente, Engels apresenta o que define como casamento Sindiásmico, que representou o final do casamento por grupos e o início do casamento por pares, relações estas que já se vinham sendo observadas desde a vigência do casamento por grupos, onde pares de homens e mulheres já se uniam de forma individual e assim permaneciam por determinado período.

Nesse período um homem vive com uma mulher, mas de forma tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo exige-se uma rigorosa fidelidade das mulheres enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério desta cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente a mãe.¹⁵⁴

Conforme se pode observar na passagem acima, ainda que as uniões por pares não representassem uma vínculo sólido, sagrado e indissolúvel, já se verifica uma imposição

¹⁵² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 43.

¹⁵³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 51-52.

¹⁵⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 49.

distinta em relação ao comportamento do homem e da mulher, com obrigação de fidelidade enquanto durasse e união exclusiva, comportamento não exigido do homem.

Embora já se possa perceber, nesse momento histórico, uma diferenciação de tratamento em relação ao comportamento do homem e da mulher dentro da família, é corrente o entendimento da proeminência da mulher, como já referido anteriormente, o que se verifica no culto a Deusa, estando situada dentro do período de maior expressão de organização social da pré-história, posto que a valorização do comportamento feminino representou na sociedade e na organização familiar a existência de relações de cooperação entre mulheres e homens, e não necessariamente uma dominação feminina, em contraponto a posterior dominação masculina.

Nesse sentido Eisler¹⁵⁵ menciona em seus estudos a importância da imagem feminina no culto sagrado. Contudo, ressalta que ligar a imagem da Deusa apenas a questão da religiosidade, é equivocado, posto que a religiosidade é apenas uma das facetas da respectiva civilização do neolítico.¹⁵⁶ A adoração a Deusa transcende a questão religiosa posto que, neste momento histórico, a civilização não faz distinção entre o Estado e a religião, havendo uma comunicação inerente e intercorrente entre as relações e os cultos sagrados, como forma de afirmação da relevância do culto a Deusa na ordem social, e conseqüentemente, gerando a organização matrilinear dos povos da antiguidade.¹⁵⁷

No neolítico a cabeça da família sagrada era uma mulher: a Grande Mãe, a Rainha do Céu, ou a Deusa em seus vários aspectos e forma. Os membros masculinos desse panteão – seu consorte, irmão e/ou filho – era também divindades. Por outro lado a cabeça da sagrada família cristã é um pai todo poderoso. O segundo

¹⁵⁵ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 59.

¹⁵⁶ “[...] Basicamente, isso significa que o culto a deusa era ao mesmo tempo monoteísta e politeísta. Politeísta, por que ela era adorada sob vários nomes e formas diferentes. Mas era também monoteísta, por que podemos afirmar com propriedade que aquele povo tinha fé na Deusa, assim como nós falamos de fé em Deus enquanto entidade transcendente. [...] Uma explicação possível para essa formidável unidade religiosa pode ser esta. A Deusa parece ter sido adorada originalmente em todas as sociedades agrícolas antigas. A evidência de divinização da fêmea – que, por sua natureza biológica, dá a luz e sustenta seus filhos, exatamente como a terra – nos três centros principais que originaram a agricultura: A Ásia Menor e Sudeste Europeu, Tailândia no Sudeste Asiático, e mais tarde também na América Central”. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 62-63.).

¹⁵⁷ “[...] dizer que as pessoas que cultuavam a Deusa eram profundamente religiosas seria dizer pouco e, na verdade, seria um erro, pois entre eles não havia a distinção entre o secular e o sagrado. Como observam os historiadores da religião, nos tempos pré-históricos e em boa parte dos tempos históricos a religião era vida e a vida religião. [...] A religião no Neolítico expressava a cosmovisão de sua época – como as ideologias religiosas e seculares contemporâneas. O quão diferente era essa visão de mundo da nossa é algo que pode ser visto com clareza pela comparação do panteão religioso neolítico com o católico.” (EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 66.).

homem do panteão, Jesus Cristo, é outro aspecto de Deus. Mas embora pai e filho sejam imortais e divinos. Maria é a única mulher na versão religiosa da família patriarcal, é uma mera mortal – evidentemente colocada em uma escala inferior, como suas equivalentes terrenas.¹⁵⁸

O panteão de cada época da história reflete o significado de sua respectiva organização familiar e social. No primeiro caso, demonstra a descendência feminina e a matrilinearidade, sendo que o filho e a filha descendem da mãe e, é em sua casa que residem ou retornam. Percebe-se também a demonstração de igualdade entre os sexos, no momento em que a divindade é representada pela Deusa e seu consorte (homem) que nesse panteão é igualmente divino. Já no panteão do cristianismo, a descendência é patrilinear e a organização familiar é patriarcal, outorgando condição de divindade apenas ao homem, cabeça da família e ao filho igualmente do sexo masculino, vez que a mulher não possui o *status* de divindade, mas sim de serva.

Entretanto, o fato de maior relevância narrado por Eisler é que a família matrilinear, ao contrário do que se acredita, não estava baseada em uma relação de poder e submissão como ocorreu posteriormente no patriarcado, mas sim em uma relação de cooperação, ainda, considerando ser da mulher a base da descendência, já que é ela que gera a vida, a ela era outorgado um papel de relevância social superior ao do homem, sem nunca afrontar a igualdade que lhes era inerente, ressalvadas as devidas proporções, já que nesse momento histórico a igualdade proclamada não é equiparada a concepção atual de igualdade.¹⁵⁹

Nesse sentido, da análise efetiva e responsável dos registros pré-históricos, se percebe que, naquele momento onde a mulher exerceu papel de destaque, as relações eram de cooperação e não de poder e dominação.¹⁶⁰ Assim, verifica-se a não existência de relação de poder e dominação praticado pelas mulheres em relação aos homens. Como destaque desse período, tem-se o exemplo de Creta, conforme já mencionado nesta dissertação, que

¹⁵⁸ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 66.

¹⁵⁹ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 69. Assim, verifica-se que a ideia de um matriarcado contraposto a um patriarcado decorre da ideia atual de constante oposição, ou seja, o masculino versus o feminino, o pobre versus o rico, o homossexual versus o heterossexual, ou seja, a cultura da relação de poder e submissão.

¹⁶⁰ “Através da analogia com esse arcabouço conceitual diferente, podemos perceber que o fato de a mulher desempenhar papel central e vigoroso na religião e na vida pré-histórica não significa necessariamente que os homens eram percebidos e tratados de forma subserviente. Isso por que tanto homens e mulheres eram filhos da Deusa, como eram filhos dos chefes de famílias e clãs. E embora isso conferisse a mulher grande poder, usando da analogia com o relacionamento mãe-filho dos tempos atuais, vemos que tal poder correspondia mais a responsabilidade e amor do que a opressão, privilegio e medo”. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 71.).

desenvolveu a escrita e desta forma foi promovida ao período histórico ou literário.¹⁶¹ Tal civilização era considerada avançada e moderna, e desenvolveu uma série de tecnologias, contudo, o que tem maior relevância para o estudo aqui proposto é a organização social, inicialmente organizada em *genos* ou clãs matrilinear, tornando-se posteriormente, por volta de 2000 a.e.c.¹⁶² centralizada, sem contudo representar um governo autocrático.¹⁶³

Creta foi marcada pela adoração à paz e à harmonia, representados também pelo culto da Deusa Natureza, não tendo ao longo de sua história, desenvolvido ou promovido tecnologias de destruição. Esta civilização foi marcada, ainda, pela sucessão de linhagem feminina, ou seja, pela matrilinearidade.¹⁶⁴ Embora Creta possuísse uma organização social singularmente distinta das demais que lhe são contemporâneas, vê-se também nela o nascimento do patriarcado, baseado em relações de poder e submissão, em detrimento da cultura de paz e harmonia. O modelo patriarcal acaba, mais tarde, por prevalecer como principal forma de organização familiar até se chegar a família moderna, desenvolvida a partir da segunda metade do século XX, ainda baseada na forma patriarcal, contudo, relativamente aberta a novas possibilidades de formatação familiar.¹⁶⁵

Na sequência da história da instituição família, é possível afirmar que houve uma mudança muito profunda nas relações de gênero e, conseqüentemente na relação familiar, especialmente no que se refere à forma de dividir o trabalho entre os dois sexos, concedendo a ele conotação diferenciada. Nesse sentido, “[...] segundo os costumes dessa sociedade, o homem era igualmente proprietário da nova fonte de alimento, o gado, e mais tarde, do novo instrumento de trabalho, o escravo”.¹⁶⁶

¹⁶¹ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 74.

¹⁶² A sigla significa “antes da era comum”, período este também conhecido como “antes de Cristo”.

¹⁶³ EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 78.

¹⁶⁴ Contudo, é de se lembrar que os registros históricos sobre a real relevância da mulher na civilização Cretense são tímidos e muitas vezes, em razão dos paradigmas culturais atuais acabam por tratar do assunto apenas como pano de fundo. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 88.).

¹⁶⁵ O culto a Deusa e o papel de destaque conferido a mulher possibilitaram uma relação de cooperação entre os indivíduos independentemente do gênero, haja visto que homens e mulher eram responsáveis por diferentes tarefas na organização familiar e social, sem contudo um ser subserviente ao outro, situação que se modifica significativamente com a necessidade de obtenção de território e riqueza, e a dominação das práticas de produção de alimentos e as lutas travadas através de guerras, que culminam em um novo paradigma cultural, baseado na dominação masculina, na imposição de poder e na construção cultural de inferioridade do gênero feminino.

¹⁶⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 65.

A partir do momento que as riquezas aumentavam, Engels pondera que o homem passou a ter uma posição mais importante na família, posto este, anteriormente assumido pela mulher. Sendo assim, “[...] foram abolidos a instituição da descendência por linha feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pelo direito hereditário paterno e pela linha de descendência masculina”.¹⁶⁷ Com isso, o homem assumiu as “rédeas” da família e a mulher passou a exercer um papel de instrumento de reprodução.¹⁶⁸

Depois da família chamada pré-monogâmica, surge outro tipo de família: a família monogâmica. Esta se diferencia da outra, porque apresenta uma estabilidade e solidez muito maior dos laços conjugais que, segundo o relato de Engels, só poderiam ser rompidos pelos homens.¹⁶⁹ Assim, se está diante da família também conhecida como família patriarcal.¹⁷⁰

[...] A onipotência do pai substitui a da mãe. Agora é ele que detém o essencial do poder procriador. [...] Assim a mulher é duplamente filha do macho. É criada por um “Deus” a partir do corpo do “homem”. Simbolicamente, a costela de Adão é equivalente ao ventre materno. [...] A “partenogênese” masculina justifica a diferença qualitativa entre Adão e Eva. Adão é filho de Deus, feito à sua imagem, mas Eva só é filha do homem, e, como tal, menos próxima do Divino do que seu companheiro.¹⁷¹

Diante da organização familiar e a significativa mudança de paradigmas culturais ocorridos no desenvolver da história, Engel, em sua obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, conforme visto, acima, apresenta a formação do Estado, da propriedade privada e da família de uma forma interligada, posto que estes contribuem para o

¹⁶⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 66-67.

¹⁶⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 66.

¹⁶⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 72.

¹⁷⁰ “[...] toda estrutura social que nasça de um poder de pai. [...] Os poderes do pai, e com ele, os do chefe, variam de uma sociedade para outra. [...] A característica da sociedade patriarcal, em sua forma mais absoluta, reside no estrito controle da sexualidade feminina”. (BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro: relações entre homens e mulheres**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 95.).

¹⁷¹ BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro: relações entre homens e mulheres**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 105. Auad, com muita propriedade lembra a condição das mulheres na Grécia antiga: [...] a mulher era, ao longo de toda a sua vida, considerada “menor” e portadora de um espaço secundário na sociedade. A mulher grega passava toda a sua vida sob dependência de um homem, que poderia ser seu pai, marido, filho ou um outro tutor. Na condição de tutelada, a mulher era destinada ao casamento, sem que seu consentimento fosse necessário. [...] Apesar de confinadas, as mulheres tinham uma função bem definida na sociedade ateniense. Elas deviam assegurar a continuação da família concebendo para o marido um descendente legítimo [...]. Essa função das mulheres atenienses, de parir filhos legítimos e com isso prolongar a família, explica a severidade com a qual o adultério feminino era punido. O homem tinha o direito de matar a mulher com quem era casado se a considerasse infiel. (AUAD, Daniela. **Feminismo: que história é essa?** Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 25-26.).

entendimento da estruturação da família patriarcal que perdura como principal forma de organização familiar até a chegada dos tempos modernos.¹⁷²

No mesmo sentido de Engels, Eisler afirma que a transformação na estruturação social e, conseqüentemente, das relações familiares, se deu a partir do momento em que o homem passou a dominar as técnicas de produção agrícola, o que lhe possibilitou a fixação ao território e a prosperidade em relação a produção de alimentos.¹⁷³ Diante desse fato, os povos organizados de forma patriarcal, onde o homem, pela força física e pelo papel que desempenhava, ocupava uma posição de destaque na sociedade, acabaram por ocupar o território Europeu e, impuseram, através da guerra e da cultura da destruição, o que hoje se conhece como modelo patriarcal de organização social.¹⁷⁴

O que mais chama atenção em tal comportamento é o modelo dominador de organização social e o desenvolvimento de tecnologias de destruição ao invés de desenvolvimento de tecnologias de produção, vez que ocorre uma significativa mudança do uso dos metais, que até então eram utilizados para o desenvolvimento de ferramentas de trabalho e, passaram a ser objetos de produção de armas letais.¹⁷⁵

Ainda como fator de relevância na transformação do modelo de cooperação para o modelo da dominação, tem-se a significação da monogamia, que não constitui apenas um modelo de união entre as pessoas, mas sim uma regra e um mecanismo de “[...] domínio do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus e que estavam destinados

¹⁷² Engels, seguindo o raciocínio de Morgan afirma: “Das três épocas principais - estado selvagem, barbaria e civilização - ele só se ocupa naturalmente, das duas primeiras e da passagem para a terceira. Subdivide cada uma das duas na fase inferior, média e superior, de acordo com o progresso obtido na produção dos meios de existência; por que diz. ‘a habilidade nessa produção desempenha uma papel decisivo no grau de superioridade e domínio do homem sobre a natureza: O homem é de todos os seres, o único que logrou um domínio quase absoluto da produção de alimentos. Todas as grandes épocas de progresso da humanidade coincidem de modo mais ou menos direto com as épocas em que se ampliam as fontes de existência.’ O desenvolvimento da família realiza-se paralelamente, mas não oferece critérios tão conclusivos para a delimitação dos períodos”. (ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 21-22.).

¹⁷³ “Durante esse período de milênios - muitas vezes mais extenso que a história registrada nos calendários desde o nascimento de Cristo - a maioria das sociedades da Europa e Oriente próximo deram ênfase a tecnologia que sustentam e aprimoram a qualidade de vida. Durante os milênios de anos do período Neolítico, grandes avanços foram feitos no sentido de produzir alimentos através da agricultura, caça, pesca e domesticação de animais. A habitação avançou com inovações nos métodos de construção, de fabrico de tapetes, mobília e outros artigos para a casa, e mesmo (como em Catal Huyuk) de planejamento urbano”. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 89.).

¹⁷⁴ EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 92.

¹⁷⁵ “[...] um sistema social onde a regra é a dominação masculina, a violência masculina e a estrutura social hierárquica e autoritária. Outro ponto em comum é que, diferente das sociedades que lançaram os fundamentos da civilização ocidental, sua maneira de adquirir riqueza material não se caracterizou pelo desenvolvimento de tecnologias de produção, mas por tecnologias de destruição cada vez mais eficazes”. (EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 92.).

a herdar suas riquezas. [...] A monogamia, portanto [...] surge sob a forma de subjugação de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre sexos, ignorado, até então, em toda a pré-história”.¹⁷⁶ Contudo, tem-se notícia, ainda na atualidade, que povos de determinadas culturas ainda adotam a poligamia como regra, sendo que predomina a ideia de um homem com várias esposas, embora essa afirmação não seja absoluta, já que existem organizações sociais onde a descendência é feminina e ela representa o comando da família e da sociedade, havendo a permissão da poligamia e a inexistência do casamento.

Engels analisando os ensinamentos de Bachofen, afirma que as transformações das uniões poligâmicas em uniões monogâmicas, quando afirma que tal fato ocorreu principalmente em razão das mulheres, versão esta não aceita por muitos autores, entre eles, Eisler.

[...] tem evidente razão quando afirma que a passagem do que ele chama de “heterismo” ou “*Sumpfzeugung*” à monogamia realizou-se essencialmente graças as mulheres. Quanto mais as antigas relações sexuais perdiam seu caráter de inocente, primitivo e selvático, por força do desenvolvimento das condições econômicas e, paralelamente, por força da decomposição do antigo comunismo, e da densidade cada vez maior da população, tanto mais envilecedora e opressiva devem ter parecido essas relações para as mulheres, que com maior força deviam ansiar pelo direito à castidade, como libertação, pelo direito ao matrimônio, temporário ou definitivo com um só homem. Esse progresso não podia ser devido ao homem pela simples razão, que dispensa outras, de que jamais, ainda em nossa época, lhe passou pela cabeça a ideia de renunciar aos prazeres de um verdadeiro matrimônio por grupos. Só depois de efetuada pela mulher a passagem ao casamento sindiásmico, é que foi possível aos homens introduzirem a estrita monogamia – na verdade somente para as mulheres.¹⁷⁷

O modelo monogâmico representa a fase mais avançada da antiguidade e é marcado pela indissolubilidade do matrimônio, tendo como finalidade primordial a procriação. Nessa forma de organização familiar cabe apenas ao marido, a possibilidade de repudiar a mulher. Também somente ao homem cabe o direito à infidelidade conjugal. A monogamia faz parte do casamento sindiásmico, já mencionado neste texto.

Nasce, conforme indicamos, da família sindiásmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, seu triunfo definitivo é um dos sintomas da civilização nascente. Baseia-se no predomínio do homem; sua

¹⁷⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 75.

¹⁷⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 56.

finalidade expressa é de procriar seus filhos, na qualidade de herdeiros diretos entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico, por uma solidez dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer um das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito a infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume [...], e esse direito se execre cada vez mais amplamente, à medida em que se processa a evolução da sociedade. Quando a mulher, por acaso recorda as antigas práticas sexuais e intenta renova-las, é castigada mais rigorosamente do que em qualquer outro época anterior.¹⁷⁸

Em razão dos argumentos apresentados por Engels, verifica-se que a organização familiar, durante parte da antiguidade, se deu por linhagem feminina, a qual exercia representatividade junto a todas as decisões ligadas aos interesses das *genes* ou clãs, influenciando diretamente na forma de relacionamento das família, e na questão da aquisição e distribuição de riqueza, posto que o direito sucessória se dava na linhagem da mãe.

Contudo, como já fora anteriormente comentado, em razão da dominação dos povos nômades, conjugado ao domínio das técnicas de produção e manipulação dos metais, ao anseio pela aquisição de território e a formação da propriedade privada, a mulher passa a desempenhar papel coadjuvante, sendo que, por essa razão, a linhagem deixa de ser feminina e passa a ser masculina em benefício aos herdeiros que agora tinham no pai o provedor de riqueza. Engels ressalta a passagem da linhagem feminina para a masculina e, a consequente dominação masculina na família e na sociedade.

[...] as riquezas, a medida que iam aumentando, davam por uma lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família, e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a ideia de valer-se desta vantagem, para modificar em proveito de seus filhos, a ordem de herança estabelecida [...]. Tal revolução – uma das mais importantes que a humanidade já conheceu – não teve necessidade de tocar em nenhum dos membros vivos da gens. Todos os membros da gens puderam continuar sendo o que até então haviam sido. Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela passando a gens do seu pai.¹⁷⁹

O domínio masculino do território lançou seu poder para dentro da casa, onde a mulher passou a ser sujeito das vontades do marido, formatação essa que embora retocada e dissimulada, no decorrer da história jamais foi de fato abandonada.

¹⁷⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 66.

¹⁷⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, 2005, p. 60.

Desta forma, verifica-se que o modelo patriarcal de organização social tem suas raízes plantadas de forma profunda na história da humanidade, já que perdura desde a antiguidade, baseada fundamentalmente em uma ideia de força e na necessidade de sobrevivência a partir da aniquilação do outro, o que resultou na transformação da cultura da produção em cultura de destruição.

Gregos e romanos, entre outros povos¹⁸⁰ reproduziram, por exemplo, o modelo mencionado, embora tenham, em razão do domínio da escrita e das artes, produzido cultura e história registradas em relação ao comportamento, como já referido no primeiro capítulo. Assim, a família Romana dominada pelo pai, tinha na casa com a esposa a descendência legítima, o que não impedia, contudo, que mantivesse relacionamento fora do casamento, já que essa era a prática cultural da época. Ressalta-se, portanto, que a família romana ordenada pelo casamento, destinava-se a produção de prole legítima, capaz de receber as riquezas e o patrimônio do pai.

No direito Romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia desse modo, vendê-lo, impor-lhe castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhe a vida. A mulher era totalmente subordinada a autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.¹⁸¹

Contudo, de acordo com as palavras de Gonçalves, ainda que houvesse esse poder absoluto do *pater familias*, que representava ao mesmo tempo o sacerdote, o juiz e chefe político e determinava a ação e o comportamento de todos os sujeitos da família a ele subordinados, o casamento baseava-se igualmente, e para além do vínculo patrimonial comum, no *affectio*, o qual deveria existir tanto na celebração quanto na manutenção do casamento, sendo que, em caso de desaparecimento do mesmo, o vínculo matrimonial poderia ser rompido. No entanto com o advento da igreja católica e com a elevação do matrimônio a

¹⁸⁰ Neste trabalho não serão abordadas as formas diferenciadas de família e sua forma de funcionalidade existentes em outras partes do mundo, por não ser este o objeto central do trabalho. Foi optado por trabalhar apenas a questão da formação dos agrupamentos familiares, a fim de demonstrar que existiram outras formas de família diferenciadas da conhecida atualmente e tida como “correta” e, com isso, justificar a formação e o reconhecimento de famílias homossexuais.

¹⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 31.

condição de sacramento, o mesmo adquire caráter de indissolubilidade, o que, a princípio não era verificado no direito Romano, que já legislava sobre o divórcio.¹⁸²

O modelo monogâmico é o recepcionado na modernidade, uma vez que, embora tenha havido uma inquestionável evolução dos meios de produção através do desenvolvimento tecnológico e científico, as relações humanas foram enquadradas em um modelo determinado, o qual serviu de paradigma, aproximadamente, durante os último dois mil anos. Contudo, fez-se necessário apresentar neste estudo, a questão da matrilinearidade associada a cultura da Deusa e a observação de que as relações protagonizadas pelas mulher são, desde a antiguidade, relações de cooperação e não as de sobreposição oriundas do comportamento masculino.

O modelo de família romana canônica influenciou a organização e o reconhecimento da família brasileira, sendo que, nesse sentido, Gonçalves apresenta a seguinte afirmação:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, em consequência principalmente da colonização lusa. As ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez.¹⁸³

Ainda que um modelo determinado tenha perdurado durante toda a fase cristã da humanidade é correto afirmar que, nos últimos cem anos, têm-se presenciado significativas modificações na ordem familiar e nas relações que compõe tal núcleo social. Um dos movimentos essenciais para a viabilização da nova ordem familiar foi, e segue sendo, o movimento feminista, como visto no primeiro capítulo dessa dissertação. Outro fator de suprema importância foi a percepção humanista vivenciada pelo mundo após a segunda guerra mundial, bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Somado a tais eventos, vê-se no Brasil como fator fundamental que possibilitou a mudança de paradigmas na organização familiar, a promulgação da Constituição Federal de 1988, garantidora de direitos fundamentais e fundamentada no princípio da dignidade da pessoa

¹⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 31-32.

¹⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 32.

humana. Todos esses eventos que são frutos de ordens sociais vigentes que necessitavam de transformações e, contribuíram para a formação da chamada família contemporânea, a qual tem por laço fundamental o afeto e encontra-se baseada na livre união dos indivíduos.

As novas formatações familiares decorrem, na atualidade, de disposição legal firmando a união entre homem e mulher, com a intenção de constituição de família, ainda que não ligados pelo laço do casamento. No mesmo sentido, tem-se a regulamentação para a família monoparental, ou seja, a formada por qualquer um dos cônjuges e sua prole. Igualmente, vê-se o favorecimento da colocação da criança e do adolescente, destituído do poder familiar, na família extensa, com preferência sobre a família substituta, surgindo as famílias formadas por avós e netos ou tios e sobrinhos. Tem-se igualmente a promoção da adoção como forma de outorgar a crianças e adolescente o convívio familiar, sem se fazer distinção entre filhos legítimos e adotados.

Com relação aos novos contornos familiares e a distinção desta com a família tradicional, Coutinho¹⁸⁴ assevera no artigo, *Transmissão geracional e família na contemporaneidade*, o que segue:

[...] a família deve ser entendida em sua complexidade e discrepância de interesses, necessidades e sentimentos. Deve, assim, ser apreendida não só em suas funções - econômicas, ideológicas, reprodutivas e sociais - como também em toda sua contradição interna. Além disso, a família esta inserida no meio social que a circunda e em um tempo histórico determinado, não podendo ser entendida fora deles. Por esta carga de ideologia da sociedade na qual se encontra, constitui importante ponto de referencia para a construção de identidades sociais.¹⁸⁵

Nesta mesma perspectiva, Rios¹⁸⁶, na obra *A homossexualidade no direito* apresenta a transformação ocorrida nas famílias sob a seguinte ótica:

[...] neste caminho, observou-se primeiramente no mundo dos fatos a instauração de um tipo de relação familiar que privilegiava a satisfação afetiva conjunta dos cônjuges, informado pela aspiração de intimidade e reciprocidade no seio familiar - a chamada “família funcional”. A partir da década de oitenta, esta configuração vai alterar-se ainda mais, configurando a chamada “família pós-

¹⁸⁴ COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. *Transmissão geracional e família na contemporaneidade*. In: BARROS, Myrian Lins (Org.). **Família e gerações**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 91-106.

¹⁸⁵ COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. *Transmissão geracional e família na contemporaneidade*. In: BARROS, Myrian Lins (Org.). **Família e gerações**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 97.

¹⁸⁶ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 272.

moderna”, que se caracteriza pelo predomínio da individualidade de cada um dos seus membros sobre a comunidade familiar.¹⁸⁷

Todas essas novas formas de famílias, legalmente disciplinadas, não excluem outras que não estejam contempladas com legislação pertinente, sendo estas, formatações reais de família, baseadas no afeto e merecedores de visibilidade e proteção. Nesse sentido, a família contemporânea é, inclusive, a formada por pessoas do mesmo sexo, tema este, abordado com centralidade nesta dissertação.

Como já visto, anteriormente, povos antigos construíram uma concepção diversa de homossexualidade, posto que nessas civilizações a família era formada pelo casamento com a esposa, a fim de produzir prole legítima. Contudo, no espaço público era permitido, e inclusive incentivado as relações homossexuais como demonstração de poder. Nos tempos mais longínquos, como já visto, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram utilizadas como um rito de passagem, ou de subordinação de um guerreiro mais antigo em relação a um recentemente iniciado, assim, como uma forma de transmissão de conhecimento sem, contudo, tal prática ser reprovada pela civilização onde estava inserida, da mesma forma que, tal relação não era reconhecida como entidade familiar.¹⁸⁸

No mesmo sentido, Catonné¹⁸⁹ afirma que a homossexualidade grega (pederastia) difere significativa da concepção moderna, posto que na Grécia não existia uma relação de afeto, mas sim uma relação de inserção social do adolescente no mundo adulto¹⁹⁰, bem como uma forma de transmissão de conhecimento, religiosidade e poder.¹⁹¹

¹⁸⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 103.

¹⁸⁸ “A relação existente entre um cidadão ateniense e um adolescente, em muito se diferencia da relação afetiva hoje vivenciada pelos casais de gays e lésbicas. A relação de pederastia prevalente no império Grego não pressupunha a construção de identidade homossexual, nem tampouco, o relacionamento amoroso capaz de construir uma estrutura familiar, posto que tal relacionamento de conformidade com a concepção Grega contrariavam a ordem natural”. (MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 39.).

¹⁸⁹ CATONNE, Jean-Philippe. **A sexualidade, ontem e hoje**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

¹⁹⁰ “Concluimos, insistindo em dois pontos: Não há homossexualidade grega, no sentido moderno que damos a esta noção. Para o homem o desejo sexual desde que seja ativo, pode voltar-se tanto para o sexo oposto, como para o seu próprio sexo”. (CATONNE, Jean-Philippe. **A sexualidade, ontem e hoje**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 120.).

¹⁹¹ “[...] no entanto, merece destaque o aspecto positivo auferido pelos atos homossexuais nas antigas civilizações. As relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo não eram vistas, de modo geral, como algo contrário à natureza do homem, pois se uniam a valores culturalmente relevantes, como as transmissões de religião e de ensino e do rito de passagem para uma fase vista como superior”. (KEITEL, Ângela Simone Pires. **Movimento(s) homossexual(is): a luta do homossexual no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Santo Ângelo: URI, 2010, p. 14).

Portanto, verifica-se que a homossexualidade, na antiguidade, representava um comportamento cultural padrão, permitindo tanto ao cidadão grego como ao romano que, além da esposa que representava os laços familiares e da concubina, tivesse ainda relações com pessoas do mesmo sexo a fim de demonstrar sua posição de superioridade.

Dias¹⁹² pondera que a sexualidade na Grécia era exercida de forma livre, e representava um benefício dos bem nascidos fazendo parte do cotidiano de deuses, reis e heróis, referindo inclusive uma lenda sobre o mais famoso casal homossexual da história da Grécia, qual seja, Zeus e Gamimede, e ainda citada as relações dos famosos heróis da época, como Aquiles e Apolo, com guerreiros jovens que precisavam ser iniciados.

As atitudes sexuais eram referentes aos amores masculinos e tinham como modelo relações pedofílicas, que constituíam verdadeiro rito de iniciação sexual para os adolescentes denominados *efebos*, sendo uma honra para um jovem ser escolhido. O *preceptor* era um modelo de sabedoria, geralmente um guerreiro, que se dispunha a transmitir seu conhecimento, tanto que a obra de Platão explora o amor dos rapazes como meio de adquirir sabedoria. Fazia parte do amor dos preceptados que “servissem de mulheres a seus preceptores”, com o que ficariam mais bem treinados para a guerra e mais hábeis para a política, Os que se negavam a essa prática eram considerados desviantes.¹⁹³

De acordo com a construção cultural da época, a pederastia era proclamada como um rito que destinava-se a introduzir os rapazes na vida política da cidade. Posteriormente em Roma, o comportamento homossexual se mantém, nos mesmos moldes, vez que aqui permanece sendo utilizado no espaço público, como rito de passagem, aquisição de sabedoria e inclusão dos rapazes adolescentes nas decisões políticas.

Em Roma, a sodomia não se ocultava. A homossexualidade era vista como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou senhor e escravo. O preconceito da sociedade romana decorria da associação popular da passividade sexual e impotência política. A censura recaía apenas no caráter passivo da relação, no sentido em que implicava em debilidade de caráter. Como quem desempenhava o papel passivo era rapazes, mulheres e escravos – todos excluídos da estrutura de poder – clara a relação entre masculinidade-poder político e passividade-carência de poder.¹⁹⁴

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

Grande parte das obras que referem a homossexualidade deixam claro que a prática é aceita com tranquilidade na antiguidade e que passa a ser um serio problema, considerada ora pecado, ora crime ou ora doença, principalmente, com ao advento da igreja católica, que restringiu as relações sexuais apenas ao campo da procriação retirando qualquer resquício de prazer. Nesse sentido é imprescindível analisar que a relação homossexual com a intenção da formação de família é um advento da modernidade, posto que em grande parte dos registros históricos, na antiguidade, representava apenas e exclusivamente uma relação de prazer.

Considerando os passos galgados pela história da civilização humana, surge, em Roma o Cristianismo, e com ele a igreja católica. Isso vai ocasionar uma severa transformação nas relações sexuais dos indivíduos, já que, a partir de então, em prol de manter o povo em estado de crença, de sentimento de pecado e de vigilância, o prazer adquire a condição de pecado, e ao sexo é reservado, oficialmente, apenas a função de reprodução, transformando o casamento entre homem e mulher na única forma de constituição de família, adquirindo *status* de sagrado.

Na idade média, houve a sacralização da união heterossexual. O matrimônio – sem nada perder seu viés patrimonial – foi transformado em sacramento. Somente as uniões sexuais devidamente sacramentadas seriam, validas, firmes e indissolúveis. O ato sexual foi reduzido a fonte de pecado. Deveria ser evitado sempre, exceto no matrimônio abençoado pela igreja, única hipótese em que poderia ser praticado – assim mesmo em condições de máximo recato - e estritamente para o cumprimento do ditame “crescei-vos e multiplicai-vos”. A virgindade é cultuada como um estado mais abençoado que o próprio casamento, e o sexo ligado ao prazer é associado a noção de pecado, mesmo dentro do matrimônio. A igreja rejeitou qualquer prazer ou sensualidade que pudesse ser atribuída ao sexo marital adotou a ideia de que o sexo estava estritamente ligado ao divido e ao sagrado.¹⁹⁵

O império greco-romano perdeu força e caiu em decadência. As ligações familiares passaram a valorizar os vínculos de sangue e os clãs se extinguíram passando agora e existirem as relação de disputa entre as famílias. A economia ganhou destaque com o desenvolvimento da moeda e a descoberta do valor econômico das propriedades privadas. Também o monarca, como representante da organização do Estado e pela conseqüente necessidade de segurança erigiram suas forças criando a necessidade de um novo comportamento social. Neste contexto, a família patriarcal ganha ainda mais força, mas

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 28-29.

adquire um caráter privado, onde à mulher são reservadas as lidas domésticas e o cuidado dos filhos. E esse núcleo familiar passou a representar a vida privada do homem de bem.

Com o surgimento do renascentismo no século XV e o florescimento no século XVI, o ser humano passa a buscar a real essência do ser e do existir, passando a questionar o poder posto, não se contentando mais com as simplistas explicações oferecidas pelo imperador e pelo papa, os quais, igualmente passam a ter seu poder questionado. Junto ao isso, as grandes navegações, seguidas do desenvolvimento do pensamento cartesiano, da descoberta da imprensa e do surgimento da máquina a vapor, bem como da aglutinação das famílias e das pessoas (de acordo com a concepção classista introduzida por Marx e Engels), trouxe a humanidade para a concepção moderna de estrutura social e familiar.¹⁹⁶

A família moderna segue sendo patriarcal, mas o vínculo deixa de ser apenas patrimonial e adquire contornos de afetividade. Essa família, que atravessou duas grandes guerras mundiais, que viu surgir a sociedade de classes, que presenciou o surgimento e a decadência do estado socialista, que se deparou com o feminismo e com a proclamação dos direitos do homem, e ainda, que assistiu um longo período de ditaduras militares sucessivas em diversos países do mundo, tem, por característica principal, a diversidade e a busca por reconhecimento e, principalmente, pelo respeito.

A família contemporânea, que provém da família moderna¹⁹⁷, será trabalhada na seção que se segue, a partir da análise da significativa influência da Constituição Federal Brasileira de 1988, garantidora de direitos fundamentais aos membros da família e baseada na dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁶ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e a maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

¹⁹⁷ Entende-se por família moderna a que se desenvolve sob a ótica do patriarcado baseada nos laços patrimonial advindo do casamento legítimo e protegida pelo Código Civil Brasileiro de 1916. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 32.). Por família contemporânea compreende-se a que se formou a partir das reivindicações das mudanças da família moderna, “A família contemporânea, por sua vez, é fruto de todas essas transformações e, ao mesmo tempo, é uma nova família, já que sua característica mais elementar tem sido, ao longo da história, a de se reinventar a cada momento”. (SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e a maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Ed. Juruá, 2009. p. 65.).

2.2 AS TRANSFORMAÇÕES DA VELHA FAMÍLIA PARA A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No estudo que se apresenta serão analisadas brevemente as transformações introduzidas, tanto no ordenamento jurídico Brasileiro, como no comportamento social, oriundos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que transformaram um país amedrontado por vinte anos de ditadura, em uma possibilidade viável de democracia baseada na liberdade e na igualdade. Tais transformações foram absorvidas pelas famílias, possibilitando assim, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, assim, como a recepção das diversas estruturas familiares, as quais têm por principal fundamento os laços de afeto e a cooperação mútua, que unem seus integrantes, independentemente da orientação sexual dos pares.

Assim, a análise proposta nesta seção, visa fazer uma breve referência sobre a formatação familiar vigente no país, iniciando na fase colonial de produção de monocultura de forma latifundiária, até a atualidade, com a família contemporânea, apontando as principais previsões jurídicas envolvendo a família. Vale ressaltar que, a abordagem da transformação familiar ocorrida no Brasil, não trará presente a forma de estrutura familiar do povo indígena, oriundo deste território, os quais possuíam inúmeras formas diferenciadas de convívio familiar.

O modelo de família do período agrícola brasileiro fica claramente demonstrado na obra de Freire, denominada *Casa Grande e Senzala*¹⁹⁸, a qual, embora não seja um estudo histórico antropológico vigoroso, já que se restringe a narrar as vicissitudes e o cotidiano de um engenho de açúcar existente apenas na fixação, serve como monografia etnográfica¹⁹⁹ regional que demonstra a organização patriarcal da família e a forma como as relações se estabeleciam na casa grande.

O tema da Casa Grande e Senzala é o estudo integrado do complexo sociocultural que se constituiu na zona florestal úmida do litoral nordestino do Brasil, com base na monocultura latifundiária da cana-de-açúcar, na força do trabalho escravo, quase exclusivamente negro, na religiosidade católica impregnada de crenças indígenas e de práticas africanas; no domínio patriarcal do senhor de

¹⁹⁸ FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

¹⁹⁹ O vocábulo “etnográfica” deriva de etnografia, que significa o “estudo descritivo das sociedades humanas”. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado no Instituto Antônio Houaiss Lexicografia e banco de dados de Língua Portuguesa S/C LTDA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003).

engenho, recluso na casa-grande com sua esposa e filhos, mas polígamo, cruzando com as negras e com as mestiças.

O objeto de estudo da CG&S é a família “patriarcal” a que Gilberto devota toda a sua atenção. Mas bem pouco ou nenhuma a outra família, resumida na mãe – gerando filhos emprenhados por diversos pais – não raro pelo próprio senhor – que os cria com zelo e carinho, sabendo embora que são bens alheios e que qualquer dia lhe serão tomados para o destino que o senhor lhes der. É verdade que a própria grandeza da família patriarcal do senhor de engenho era tanta que não deixava nenhum espaço social para outra família qualquer. Mas é uma pena que a miopia fidalga de Gilberto não lhe tenha permitido reconstruir essa matriz do Brasil, esta não-família, esta antifamília matricêntrica de ontem e de hoje, que é a mãe pobre, preta ou branca, parideira, que criou e gerou o Brasil-massa.²⁰⁰

Como já referido, o modelo vigente de 1600 até 1800, teve variações apenas em relação ao cultivo das produções. Contudo, a estrutura social e familiar não se mostrou prodigiosa no desenvolvimento da diversidade nas relações humanas: era basicamente patriarcal conservadora, com exceção das famílias indígenas, originárias deste território que possuíam formas diversas de relação familiar.

No decorrer da obra percebe-se a postura de submissão imposta à mulher e à filha, bem como, o papel desempenhado pela miscigenação, primeiro do português com os índios e, posteriormente do branco, senhor de engenho e fidalgo, com as negras, sendo que tais relacionamentos possuíam um cunho muito mais sexual do que, efetivamente, de formação de família. Nesse sentido a filha, descrita na obra, era reclusa a casa grande e fica sempre sobre a observação de alguma pessoa mais velha, a fim de se preservar a castidade e, sempre no aguardo do marido, de regra escolhido pelo pai e, de preferência, muitos anos mais velho, vez que as meninas se casavam com no máximo quinze anos, já que após essa idade era consideradas solteironas.

Não havia tempo para explodirem em tão franzinos corpos de menina grandes paixões lubricas, cedo saciadas ou simplesmente abafadas no tálamo patriarcal. Abafadas sobre as carícias do marido dez, quinze, vinte anos mais velho; e muitas vezes inteiramente desconhecido das noivas, marido de escolha ou conveniência exclusiva dos pais. Bacharéis de bigodes lustrosos de brilhantina, rubi no dedo, possibilidades políticas. Negociantes portugueses redondos e grossos; suíças enormes; grandes brilhantes no peitilho da camisa, nos punhos e nos dedos. Oficiais. Médicos. Senhores de Engenho. Desse casamento feito pelos pais nem sempre resultavam dramas ou infelicidades. Talvez pelo fato do velho, pensando a frio, encararem o problema com maior realismo e melhor senso prático os jovens romanticamente apaixonados.²⁰¹

²⁰⁰ FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p. 29.

²⁰¹ FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p. 395.

Enquanto para a filha mulher fosse reservada a clausura da casa grande e, depois a submissão absoluta ao marido escolhido pelo pai, aos filhos meninos todas as liberdades eram outorgadas. Aos meninos era propiciada uma precoce iniciação sexual, normalmente com as negras da senzala.

Daí fazer-se da negra ou mulata a responsável pela antecipação da vida erótica e pelo desbragamento sexual do rapaz brasileiro.

[...]

Na “Ideia Geral de Pernambuco em 1817” fala-nos um cronista anônimo de “grande lubricidade” dos negros de engenho; mas adverte-nos que estimulada “pelos senhores ávidos de aumentar seus rebanhos”. Não seria extravagância nenhuma concluir, deste e de outros depoimentos, que os pais, dominados pelo interesse econômico de senhores de escravos, viram sempre com olhos indulgentes e até simpáticos a antecipação dos filhos nas funções genésicas: facilitavam-lhes mesmo a precocidade de ganhão. Referem as tradições rurais que até mães mais desembaraçadas empurravam para os braços dos filhos já querendo ficar rapazes e ainda donzelos, negrinhas ou mulatinhas capazes de desperta-los da aparente frieza ou indiferença sexual.²⁰²

No mesmo sentido, é demonstrando, na obra, a construção cultural da época, que esperava de forma obrigatória que os rapazes fossem verdadeiros ganhões, a fim de perpetuar o modelo patriarcal da época. Freire ainda refere:

Nenhuma casa grande do tempo da escravidão quis para si a glória de conservar maricas ou donzelões. O folclore da nossa antiga zona de engenhos de cana e de fazendas de café quando se refere a rapaz donzelo é sempre em tão de debique: para levar o marica ao ridículo. O que sempre se apreciou foi o menino que cedo estivesse metido com raparigas. Raparigueiro, como ainda hoje se diz. Femeeiro. Deflorador de mocinhas. E que não tardasse em empenhar negras, aumentando o rebanho e o capital paterno.²⁰³

Denota-se do acima apresentado, que o patriarcado, em todos os tempos, vem marcado pela reprodução automática da submissão feminina, bem como pela subordinação dos filhos e filhas à vontade do pai, associado à reprodução do reconhecimento equivocado dos indivíduos, que ridiculariza o comportamento que foge as regras da concepção machista de dominação. Em à forma de funcionamento do patriarcado e a reprodução machista e

²⁰² FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p. 424.

²⁰³ FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002, p. 425.

automática da dominação, Hahn e Machado afirmam que o patriarcado é uma força institucionalizada.²⁰⁴

Nesta definição, patriarcado é comparado a uma máquina que opera. E opera sem cessar automaticamente, e ainda que sem muito rigor. No entanto, patriarcado é uma forma institucionalizada. Esta definição evita homogeneizar compreensões. Patriarcado não se mostra em todos os lugares, em todos os contextos, em todos os ambientes, do mesmo jeito e com a mesma força. Não é possível afirmar que o patriarcado mostra-se na Atenas Clássica da mesma forma como em Roma antiga. Da mesma forma é impossível dizer que as manifestações patriarcais, na atualidade, são semelhantes de país para país.²⁰⁵

A fim de prosseguir na explicação do funcionamento do patriarcado os autores afirmam:

Três elementos importantes podem, aqui, ser destacados. Um deles é o que diz respeito a diferença de grau, o outro, ao processo de naturalização da dominação e, o terceiro a natureza do fenômeno. O patriarcado não se manifesta como disse anteriormente, da mesma forma e do mesmo jeito sempre. Há também intensidades diferenciadas e/ou diferenças de grau, na linguagem de Saffioti, no exercício da dominação de homens sobre mulheres. Para a compreensão das realidades de violência de gênero, esse entendimento torna-se relevante. A naturalização do fenômeno de dominação exercida por homens sobre mulheres acontece exatamente por que a natureza estrutural do fenômeno é a mesma.²⁰⁶

O modelo de dominação e a estrutural familiar patriarcal e machista permeiam todos os setores da sociedade, embora seja observado de diversas formas e com contornos distintos. Esse modelo vai se prolongar no tempo a reproduzir sua formatação até boa parte do século XX. Conforme Castells pondera, o patriarcado é uma estrutura que se verifica a partir da imposição da vontade do marido e do pai sobre a esposa e filhos, contudo, para que dentro da

²⁰⁴ HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e a violência contra a mulher: a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento”. Santo Ângelo: Furi, 2009, p. 65-90.

²⁰⁵ HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e a violência contra a mulher: a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento”. Santo Ângelo: Furi, 2009, p. 71.

²⁰⁶ HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e a violência contra a mulher: a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento”. Santo Ângelo: Furi, 2009, p. 72.

família esse funcionamento possa predominar é necessário que a cultura patriarcal esteja presente em todas as estruturas sociais.²⁰⁷

A lógica do patriarcado é reproduzida de forma automática tanto por homens sobre mulheres, quanto, pelos próprios gêneros entre si pois, mulheres em determinadas posições dominam outras, seguindo a lógica da dominação, da mesma forma, homens que ocupam determinados postos de trabalho ou posições sociais, dominam outros em posição de subserviência. Com isso, a configuração patriarcal, não pode ser reduzida a uma simples característica de uma ideologia²⁰⁸ pois, não é uma das facetas do fenômeno, é sim o próprio fenômeno que é inventado, projetado e reproduzido sistematicamente na relação de poder.²⁰⁹

Para que a relação de dominação baseada na estrutura patriarcal e machista possa ser compreendida a fundo, é inexorável referir a questão da dominação de gênero, assunto abordado no capítulo primeiro deste estudo, onde é demonstrado que a diferenciação e a consequente submissão do sexo feminino em relação ao masculino é oriunda de uma construção cultural que reproduziu a partir da organização familiar um estrutura social e estatal de dominação.

Verifica-se, portanto, que o patriarcado é uma construção cultural, assim como a imagem que o ser humano tem dele próprio é uma construção cultural, posto que nas palavras de Beauvoir a pessoa nasce humana e se torna homem ou mulher de acordo com as concepções culturais do local onde ela estiver inserida, e nesse contexto a família é o primeiro local de interpelação da pessoa.²¹⁰

²⁰⁷ “O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assenta toda a sociedade contemporânea. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, de homens sobre mulher e filhos no âmbito família. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e, consequentemente a personalidade, também são marcados pela dominação e violência que tem sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo. É essencial, porém, tanto do ponto de vista político quanto analítico, não esquecer o enraizamento do patriarcalismo na estrutura família e na reprodução sócio-biológica da espécie, contextualizados histórica e culturalmente. Não fosse a família patriarcal, o patriarcalismo ficaria exposto como dominação pura e acabaria esmagado pela revolta da “outra parte do paraíso”, historicamente mantido na submissão”. (CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 169.).

²⁰⁸ HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e a violência contra a mulher: a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento”. Santo Ângelo: Furi, 2009, p. 73.

²⁰⁹ HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e a violência contra a mulher: a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento”. Santo Ângelo: Furi, 2009, loc. cit.

²¹⁰ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006, p. 173.

Na família patriarcal é dado aos homens o direito de desfrutar de uma família legítima organizada dentro de preceitos dominadores. Em se tratando do Brasil, em especial, diante dos ditames de moralidade que envolve a história, da mesma forma foi permitido ao homem o livre exercício dos prazeres sexuais, primeiramente com as escravas e após com as “mulheres de vida fácil”, as quais, em caso de gravidez tinham seus filhos às margens da casa grande e da sociedade, construindo a grande massa de bastardos, filhos monoparentais, que sabem quem é a mãe, mas ignoram o paradeiro do pai.

A moralidade brasileira criou, a exemplo do império greco-romano, a família legítima e a concubina, sendo que no Brasil as relações concubinárias visavam exclusivamente o prazer sexual sem implicar em responsabilidade dos pais para com os filhos. Assim, esse modelo de família legítima, construída dentro da moral e dos bons costumes, refletiu a proteção da família baseada no matrimônio e na união patrimonial das pessoas, independentemente do afeto.

Como já se referiu na primeira seção deste capítulo, a família brasileira foi influenciada pela família canônica, sendo que as disposições religiosas sobre o casamento fizeram parte das disposições legislativas do Brasil desde as primeiras legislações, quando, de acordo com a Constituição de 1824, o casamento era realizado pela igreja. Em 1823 o governo imperial promulgou uma lei que determinou a validade das Ordenações Filipinas em todo o território nacional da mesma forma que a validade, em solo brasileiro, de toda a legislação portuguesa anterior a 25 de abril de 1821. Em 1824 é outorgada a Constituição que instituiu diretos e garantias individuais e o poder moderador, sem, contudo, fazer referência específica à família²¹¹, vez que nesse momento histórico as regras de relacionamento familiar estavam adstritas ao modelo proposto pela Igreja Católica.²¹²

Em relação a vinculação do Estado e da religião Lorea afirma:

A Constituição de 1824, então promulgada “em nome da Santíssima Trindade”, em seu artigo 5º, transpunha a ditadura religiosa do Brasil Colônia para o Império, ao consagrar que “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto

²¹¹ VENOSA, Sílvio de Salo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 302.

²¹² Importante se faz registrar que, a Constituição de 1824 previu expressamente que a religião Católica Apostólica Romana como religião do império, o que demonstra que as concepções de sexo para a reprodução, a submissão da mulher e a indissolubilidade do casamento são regras que se impuseram.

doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo”.²¹³

Nesse sentido, Cicco apresenta nesse período a forte ligação entre a Igreja e o Estado, afirmando ser a igreja o pilar que sustentação da monarquia, “[...] unida Estado pela Constituição de 1824, sendo o casamento religioso válido como casamento civil, o atestado de batismo como registro de pessoa física”.²¹⁴ A Constituição de 1824 igualmente determinou que fossem organizados um código civil e um código penal, sendo que código penal foi promulgado em 1830, mas o código civil, é fruto da República, somente sendo promulgado em 1916, após um tortuoso caminho.²¹⁵

Com a queda do Imperador em 1889 e a criação da República, o positivismo ganha força, embora a dominação política ainda continuasse nas mãos dos fazendeiros de gado e de café, que reproduziram as ideias liberais do Império, durante toda a República Velha, até 1930, quando com a revolução, o poder deixou as mãos dos fazendeiros e passou as mãos dos bacharéis, dando início a Era Vargas.²¹⁶

Considerando as relações familiares e a proteção legal a mesma, a partir da Constituição de 1891 ocorre o rompimento do laço entre Estado e Religião e a introdução no sistema social brasileiro da laicidade do Estado, momento a partir do qual o casamento passa a representar um instituto civil, vez que esse é introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como tal.

Todavia, com o advento da Constituição seguinte, a Republicana de 1891, essa situação se modificou radicalmente. Com o claro propósito de erradicar a ditadura religiosa vigente ao tempo do Império, o artigo 72 estabeleceu que:

[...] § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

[...] § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

²¹³ LOREA, Roberto Arruda. Casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual. **Revista Estudos Femininos**, v. 14, n. 2, Florianópolis, maio/set. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200009>. Acesso em: 01 jan. 2012.

²¹⁴ CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 304.

²¹⁶ CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 237.

Da leitura dos dispositivos pode-se constatar uma nítida preocupação do legislador constituinte da época em construir um Estado laico, separado da Igreja Católica e equidistante de todas as religiões professadas no país.²¹⁷

Entre a proclamação da República e a entrada em vigor do código civil de 1916 passara-se mais de vinte e cinco anos e, nesse período várias transformações ocorreram na sociedade brasileira, a começar pela substituição do modelo paternalista de proteção estatal para a organização burocrática e institucionalizada do Estado.

Assim a promulgação do Código Civil, atravessou um tortuoso caminho entre 1824, quando foi prevista pela Constituição do império, e 1916 quando efetivamente entrou em vigor. Entre os motivos que justificam a dificuldade atravessada por esse Código até entrar em vigor, encontram-se as posições românticas de José de Alencar,²¹⁸ Ministro da Justiça da época, associadas a motivos técnicos e políticos e, inclusive ao fato de que o Imperador nomeou apenas um único homem para elaborar o projeto do Código Civil, Teixeira de Freitas, o que acabou por postergar a realização da codificação das normas civis.²¹⁹

A resistência diante da elaboração do referido Código Civil encontrava-se no fato de Alencar entender que as codificações são representações racionais do sistema jurídico, contudo, a criação de tal instrumento deveria obrigatoriamente respeitar as características de cada povo, ressaltando, por exemplo, que a família deveria continuar atendendo os ditames das Ordenações Filipinas, baseado nos costumes de casamento, pátrio poder e filiação, e esse modelo do então “costume brasileiro” entraria em choque com o racionalismo desligado da história e dos costumes. Tal pensamento dificultou o caminho da promulgação de um Código Civil no período monárquico, o que somente ocorreu, de fato, a partir de um novo modelo cultural, baseado na República, embora, ainda com significativa influência da Igreja Católica.

²¹⁷ LOREA, Roberto Arruda. Casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 2, Florianópolis, maio/set. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200009>. Acesso em: 01 jan. 2012.

²¹⁸ José de Alencar se mostrava contrário a codificação das leis civis por ser um Romântico e acreditar que as leis não poderiam ser codificadas na forma positivista. Seu romantismo, associado ao fato de ser na época Ministro da Justiça, impediram que o projeto de Teixeira de Freitas fosse levado a cabo, Nesse sentido: “Romântico em literatura, José de Alencar foi um adepto da Escola histórica, em direito, ao manifestar-se contrário à promulgação do Código Civil. Lembramos que, na Alemanha, mais ou menos na mesma época, o líder da Escola Histórica, Frederico Carlos de Savigny, ergueu-se contra o Projeto do Código Civil Alemão, pois como esclarece Guido Fassò, o Historicismo de Savigny não aceitava um Código de Direitos, para eles expressão do direito natural racional do século XVIII, que nada teria que ver com a nação alemã, em seus usos, costumes e tradição”. (CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 253.).

²¹⁹ CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 252.

Ressalta-se que a entrada em vigor do Código Civil, mais de vinte e cinco anos após a promulgação da República, mesmo que previsto ainda na Constituição de 1824, decorreu do interesse das classes dominantes da época em relação à manutenção do poder, pois o Estado patriarcal, base da monarquia, transforma-se num estado burocrático²²⁰, o qual necessita da racionalização, da individuação e dos enfraquecimentos dos laços comunitários, para poder impor suas vontades sobre a sociedade.²²¹ Desta forma em prol da racionalidade e do desenvolvimento da burocracia das instituições, nasce o Código Civil de 1916, baseado no interesse da burguesia, na proeminência da industrialização e na manutenção da família patriarcal²²² que tem na figura masculina um líder rigoroso e não um pai afetuoso que constrói laços familiares de solidariedade.

O Código Civil de 1916, eminentemente fundamentado nos direitos do homem proprietário. Este era proprietário inclusive da mulher e dos filhos, já que a família obedecia a linhagem masculina, onde a esposa era obrigada a adquirir o nome da família do marido após o casamento, assim como os filhos levavam adiante o sobrenome paterno. O respectivo instrumento tratava a família como um objeto integrante da propriedade plena e absoluta do homem. O machismo fica demonstrado nas disposições referentes às mulheres, que estavam subordinadas a vontade do marido tanto para trabalhar, como para receber e administrar seu salário e sua herança.²²³ De acordo com o Código Civil de 1916, a família somente existiria

²²⁰ Ora, “a burocracia é o procedimento específico para transformar uma ação “comunitária” em uma ação “societária” reacionalmente ordenada. Entendemos assim: enquanto houverem grupos organizados de modo comunitário (ex.: como a família antiga) ficava mais difícil a dominação autocrática. A medida em que se passou para formas mais “societárias”, ou seja, em que os membros da sociedade conservavam uma individualidade, direitos individuais subjetivos distintos e até direitos oponíveis uns aos outros (ex.: família moderna), a dominação do tipo autocrática era mais fácil. CICCIO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 270.

²²¹ CICCIO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-268.

²²² Ao analisar neste desprezioso estudo a evolução da ideia do pátrio poder e da autoridade no Brasil, com exame histórico mas ainda sociológico do assunto, podemos ver, com facilidade, inúmeros e intrincados laços entre família e Estado, pai e detentor do poder, os laços de parentesco e de cidadania, de modo que não acreditamos ter fugido ao tema do direito de família e do poder pátrio em nossa incursão, ainda que rápidas, sobre o delicado campo da teoria geral do Estado e da sociologia política, que se refere aos efeitos sobre a vida dos cidadãos da mudança de uma forma de governo, pois existem laços tais que se poderia, sem temeridade, falar em implicações, por que são laços que a prendem a uma problemática mais ampla: a do próprio poder. A verdade é que sem a codificação e o legalismo que se tornaram vitoriosos em nosso direito, acompanhando a evolução do direito europeu continental rumo ao primado da lei escrita e ao chamado “fetichismo da lei”, NÃO SE tornaria viável a burocratização do poder, não se teria condições de nivelamento para aplicar o esquema de dominação burocrática. CICCIO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 271.

²²³ “A posição da mulher, na família e na sociedade em geral, desde a colonização até hoje, demonstra que a família patriarcal foi uma das matrizes de nossa organização social. As mulheres brasileiras, nas primeiras décadas do século XX, não haviam conquistado os direitos civis garantidos ao homem. Precisavam exigir seus direitos de cidadã e aumentar sua participação na vida pública. Em 1916, foi criado o Código Civil Brasileiro, patriarcal e paternalista, no qual constava que a mulher casada só poderia trabalhar com a *autorização* do seu

na forma legítima se estivesse baseada, exclusivamente, no casamento, o qual, a partir de sua realização dava origem a família legítima, sendo que, qualquer relação distinta desta, seja de forma concubinária ou adúlterina, importava em união espúria e fora do regramento legal.²²⁴

O casamento é uma instituição privada, contudo assume contornos de ente público no momento que é visto como uma instituição capaz de influir nas relações sociais e na cultura, razão pela qual o legislador de 1916 impôs o caráter de legitimidade a uma determinada forma familiar, em detrimento de outras, que chamou de ilegítimas, como no caso as relações concubinárias, que posteriormente, em razão do avanço jurisprudencial, assumem o caráter de entidade familiar, quando transformadas em união estáveis.²²⁵ Ainda, aos filhos era dispensado tratamento diferenciado em razão da origem do vínculo que unia os pais. Assim, o Código Civil somente previa proteção estatal nos casos dos filhos terem sido legitimamente concebidos, sendo que tal legitimidade advinha exclusivamente do casamento.²²⁶

Contudo, mesmo sendo a família um modelo rígido, patriarcal e machista, a mulher passou a desempenhar uma postura de resistência a partir da revolução de 1930, situação que se verifica desde o início no século XX através de ações de movimentos feministas. Tal fato fez que com fosse outorgado a mulher o direito ao voto, conquista de grande significado, já

marido”. (NARVAZ, Marta Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Família e patriarcado: do princípio normativo a subversão criativa. UFRGS. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 1, Porto Alegre, jan./abr. 2006, p. 49-55. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012).

²²⁴ “Há relações familiares fora do matrimônio que podem ser pessoais, patrimoniais e assistenciais; que foram ignoradas pelo nosso Código Civil de 1916, que apenas indiretamente as regulava (arts. 248, IV, 1.1.77 e 1719, III) com o escopo de fortalecer a família legítima. O diploma legal de 1916 uma única vez fez referência ao *concubinato* no art. 363, I, quando permitia ao investigador da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubina com seu pai”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.).

²²⁵ Essa proeminência do casamento formal e legítimo é demonstrado por Gonçalves na seguinte passagem. “O Código Civil de 1916 proclamava, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se por exemplo, doações ou benefícios testamentários de homem casado a concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.).

²²⁶ “Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais eram classificados como ilegítimos e não tinha sua filiação assegurada por lei, podendo ser *naturais e espúrios*. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não haviam impedimentos matrimonial. Os espúrios eram os nascidos dos pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em *adulterinos e incestuosos*. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (art. 352)”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28-29.).

que foi determinado que todos os cidadãos brasileiros maiores de 21 anos poderiam votar, ou seja, deixou de existir em relação ao direito político a distinção de gênero.²²⁷

Entretanto, se no ambiente público a mulher ganhou destaque, o que acabará por refletir na estrutura familiar do porvir, no ambiente privado, e em razão da retomada dos laços entre Estado e Igreja, o casamento retoma o caráter do sagrado associado ao legítimo, celebrado agora de forma indissolúvel.

[...] O Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, regulamentava o alistamento e o processo eleitoral no país, nos âmbitos federal, estadual e municipal, trazendo uma série de inovações, dentre as quais se destacava o estabelecimento do sufrágio universal e secreto. Mais ainda, o novo código ampliava o corpo político da nação, concedendo o direito de voto a todos os brasileiros maiores de vinte e um anos, alfabetizados e sem distinção de sexo. As mulheres brasileiras adquiriam assim, pela primeira vez e após árdua luta, cidadania política, contribuindo para o aumento significativo do número de votantes no país.²²⁸

Em relação ao retorno ao casamento religioso e a sua indissolubilidade, afirma Araújo que a Igreja recuperou todo prestígio que havia perdido em 1891. Assim, “O casamento continuou a ser civil, e gratuita a sua celebração; porém, produziria os mesmos efeitos se realizado por ministro de qualquer igreja, desde que não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes. O divórcio [...] não fora aprovado, permanecendo indissolúvel o laço matrimonial”.²²⁹

Contudo, as diretrizes propostas pela Constituição de 1934 não chegaram ao seu apogeu, posto que, já em 1937, as vésperas da primeira eleição direta de um presidente,

²²⁷ “O trabalho feminino foi regulamentado pela Consolidação das Leis Trabalhistas somente em 1941. Durante a ditadura Vargas, os movimentos feministas foram reprimidos, sendo retomados novamente no início da Segunda Guerra Mundial. Nesta época, nos países desenvolvidos, os homens foram para o *front* de batalha e as mulheres tiveram que trabalhar para sustentar suas famílias. O Estado de Bem-Estar Social, característico do pós-Segunda Guerra, em 1945, girava em torno do pleno emprego masculino e propunha o cuidado feminino do lar. A mulher, beneficiária do suporte social assegurado pelo trabalho masculino, não dispunha das mesmas garantias, a não ser enquanto esposa ou filha, o que evidenciava sua condição de dependente do marido/pai. Percebida apenas como uma coadjuvante no sustento da família, não sua mantenedora, o salário feminino poderia ser inferior aos salários gerais. Somente em 1962 é que o Código Civil Brasileiro sofreu alterações, permitindo que mulheres casadas pudessem trabalhar sem a autorização de seus maridos”. (NARVAZ, Marta Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Família e patriarcado: do princípio normativo a subversão criativa. UFRGS. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 1, Porto Alegre, jan./abr. 2006, p. 49-55. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012).

²²⁸ ARAÚJO, Rita de Cassia Barbosa de. O voto de saias: a constituinte e a participação da mulher na política. In: **Estudos avançados**. v. 17, n. 49, São Paulo, set./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300009&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 ago. 2012.

²²⁹ ARAÚJO, Rita de Cassia Barbosa de. O voto de saias: a constituinte e a participação da mulher na política. In: **Estudos avançados**. v. 17, n. 49, São Paulo, set./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300009&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 ago. 2012.

Getúlio Vargas dissolveu o Congresso Nacional, impôs um regime ditatorial e promulgou a nova Constituição, a de 1937 permanecendo sem serem alteradas as relações familiares, o casamento e sua indissolubilidade, já que, considerando o momento histórico, a mesma destinava-se apenas a legitimar o regime ditatorial imposto por Vargas.

O regime de exceção vai perdurar até 1945, quando num golpe militar baseado no interesse de redemocratização, dá embasamento para a Constituição de 1946, a qual igualmente não traz inovações à família, mantendo-a vinculada ao modelo católico religioso incorporado pela Constituição de 1934²³⁰ e as diretrizes privadas proclamadas pela Código Cível de 1916.

A situação imposta à mulher no âmbito familiar e social, como visto, foi aos poucos modificando. Um dos primeiros eventos legislativos a impingir tratamento, de certa forma, isonômico, foi a publicação do Estatuto da Mulher Casada, através da Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, que outorgou a mulher uma serie de direitos e, principalmente, a condição de absolutamente capaz de gerir sua própria vida, já que até então a mulher era considerada incapaz, sendo primeiro assistida pelo pai e após o casamento pelo marido.

Sendo assim, esse modelo de família até então mantido, começa a ser contestado pelo movimento feminista que ganha corpo e força nas décadas de 1960 e 1970. Com a intervenção deste movimento, como visto no capítulo 1 dessa dissertação, a organização familiar sofre significativas transformações. É importante também lembrar a influência na vida da família com a entrada da mulher no mercado de trabalho e com sua contribuição direta para as despesas domésticas, ainda de forma subsidiaria ao salário do homem.

É indispensável referir a Constituição outorgada em 1967, durante o período de ditadura militar, que em nada modificou a normatização das relações familiares a exemplo da Constituição que lhe antecedeu, assim como ocorreu com a Emenda Constitucional 1 de 1969, que embora seja considerada uma nova Constituição, manteve-se inerte em relação a modificações na estrutura da família patriarcal, católica, machista e heterossexual, vigente no Brasil.

Um fato importante a ser mencionado que, também contribuiu para a alteração dos moldes das famílias no Brasil ocorreu com a entrada em vigor da Emenda Constitucional e da Lei nº 6.515, em 1977, denominada “Lei do Divórcio”, proclamaram a possibilidade da

²³⁰ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Estudos avançados**. v. 14, n. 40. São Paulo, set./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 ago. 2012.

dissolubilidade do vínculo matrimonial, o que teve forte reflexo na ordem familiar e nos paradigmas culturais de toda a estrutura social do país. Por certo que a Lei e a Emenda Constitucional, acima referidas, enfrentaram um forte embate da Igreja Católica, até finalmente obterem sua entrada em vigor.²³¹

A entrada em vigor da “Lei do Divórcio” alterou o artigo 175 da Constituição vigente no país, o que na época, representou, não apenas uma transformação legislativa, mas principalmente uma transformação em toda a estrutura familiar brasileira, tendo influenciado a questão da igualdade nas relações de gênero, apregoada pela Constituição de 1988, bem como da função básica da família na sociedade, a partir de uma consideração individualista dos componentes familiares, já que, atualmente a Constituição prevê que os componentes da família serão considerados individualmente.

Como se pode perceber a partir das referências históricas supramencionadas, a organização social e legal da família, vigentes no país no período anterior a Constituição Federal de 1988, impediam que qualquer manifestação em relação a união homossexual, ao mesmo tempo que nem mencionaram que o envolvimento entre pessoas do mesmo sexo pudesse ser legitimado, sob qualquer fundamento, posto que o sistema jurídico e social brasileiro somente reconhecia como entidade familiar a união de homem e mulher, através do laço legítimo do casamento, sendo que qualquer formatação distinta deste modelo era excluído do rol protetivo. Contudo, as mudanças fáticas, sociais e legais tiveram reflexos no mundo jurídico e no comportamento cultural da sociedade como um todo, possibilitando uma mudança efetiva de paradigmas, tanto na ordem social, como na estrutura familiar.

Apesar das prescrições normativas, as famílias desvelam em seu bojo marcas de subversão e de resistência às normatizações impostas, emergindo daí papéis familiares *cotidianamente vividos* de forma plural, heterogênea, criativa e subversiva. Estudo recentemente realizado sobre as posições ocupadas por uma mulher diante das violações sofridas por ela e por suas filhas (ver Narvaz, 2005) revelou que, tanto em relação à divisão das tarefas domésticas, quanto ao sustento econômico e ao cuidado dos filhos, a ordem patriarcal, apesar de prescritiva e normativa na estruturação dos papéis e das relações familiares foi, em muitas

²³¹ “A aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho 1977, e da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio no Brasil, está inserida no processo histórico de profundas mudanças no Direito de Família verificadas nos últimos 50 anos. Por seu lado, essas mudanças radicais traduzem uma nova realidade vivida pela sociedade brasileira, no âmbito das relações familiares, e ocorreram em meio a intensos debates políticos entre diversas correntes filosóficas e ideológicas que exerceram influência na elaboração das políticas familistas do Estado brasileiro, [...]”. (FÁVERI, Marlene de; TANARA, Teresa Adami. Divorciados na forma da lei: discursos jurídicos nas ações judiciais de divórcio em Florianópolis (1977-1985). **Revista de Estudos Feministas**, v. 18, n. 2, Florianópolis, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2010000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jul. 2012.).

situações, subvertida. Os homens, percebidos pela participante do estudo, como provedores econômicos, efetivamente não o são, ao menos de forma exclusiva. As mulheres também contribuem com seu trabalho ao sustento econômico da família, ainda que desvalorizem sua capacidade de trabalho. Os homens, mesmo não sendo os principais cuidadores dos filhos, podem ser fonte de apoio, de cuidado e proteção, mesmo de filhos que não são seus (biológicos). As mulheres, às quais são atribuídos os papéis de cuidado do marido, do lar e da prole, também cometem transgressões, abandonam a família, traem os maridos e fogem com amantes, subvertendo, assim, as prescrições de obediência e de submissão das mulheres à figura masculina reguladas pela ordem patriarcal.²³²

Como ponto de diferenciação significativa, desse novo modelo familiar tem-se a valorização do individualismo e o lugar de destaque outorgado ao amor e a sexualidade, marcados pela livre escolha dos cônjuges, baseado no amor romântico e na independência do casal em relação a sociedade familiar, conforme afirma Mello:

O casamento passa a significar, basicamente a formação de uma aliança entre dois indivíduos que dizem se amar, e não mais, apenas, entre dois grupos sociais ou linhagens. É claro que a família dos recém-casados, em função do próprio casamento, necessariamente se deparam com a possibilidade e a necessidade da construção de alianças, as quais, porém, não são mais o objetivo na formação de novas unidades familiares.²³³

Contudo, é importante referir que as transformações ocorridas na família, enquanto instituição, somente começaram a ter visibilidade a partir da metade do século XX com a perda de prestígio, tanto da família, quanto do casamento. Neste contexto, Mello tece comentários acerca da crise que o modelo de família até então em vigor enfrenta:

Os últimos cinquenta anos têm sido marcados por uma recorrência obsessiva de discurso sobre desestruturação da família, perda do prestígio social do casamento e banalização do amor como ponto de partida para a construção de projetos duais de existência. As críticas aos imperativos absolutos de monogamia, de coabitação, da indissolubilidade, da exclusividade, da complementaridade e da compulsória reprodução biológica ganharam a arena política, despertando, em contrapartida, o medo e a ira dos defensores de uma concepção de família naturalista e sagrada, fundada nos valores religiosos e encarregada de missão – primeira e insubstituível – de assegurar a coesão social e a reprodução da espécie.²³⁴

²³² NARVAZ, Marta Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Família e patriarcado: do princípio normativo a subversão criativa. UFRGS. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 1, Porto Alegre, jan./abr. 2006, p. 49-55. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012.

²³³ MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Garamond, 2005, p. 26.

²³⁴ MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Garamond, 2005, p. 27.

De acordo com essa nova realidade, fruto da construção social de afirmação da mulher, da busca pela garantia da igualdade entre os gêneros, da proclamação dos direitos fundamentais e da efetivação da dignidade da pessoa humana, surge o que vem sendo denominado de família contemporânea.

A família contemporânea tem como principal diferencial a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, fruto das lutas e conquistas do feminino e do reconhecimento constitucional da igualdade nas relações de gênero, o que pode ser constatado no próprio texto da Constituição Federal de 1988, que acarretou a outorga de direitos, bem como a aquisição de deveres pela mulher. Contudo, ainda que a mulher tenha adquirido uma carga extra de trabalho, posto que além do trabalho profissional ela segue sendo a responsável pela organização e administração doméstica, o fato de desenvolver atividade remunerada e desta forma participar ativamente das decisões familiares, fez com que a sociedade lhe dispensasse mais respeito, ao menos na igualdade representada na forma da lei, vez que a igualdade material é um objetivo a alcançar.²³⁵

A família contemporânea que passa a se desenvolver no Brasil, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que outorgou igualdade nas relações de gêneros, bem como a proteção integral a pessoa da criança e do adolescente, passando a esposa e os filhos a serem encarados como sujeitos de direito e não mais propriedade do marido e do pai e objetos da lei, vem baseado num movimento denominado de “repersonalização das relações civis”²³⁶, movimento este que tem como base o afeto na

²³⁵ Embasando o que foi afirmado, acima, Hironaka apresenta sua contribuição diante desta grande transformação na instituição familiar: “[...] a independência econômica da mulher a faz erguer-se, na foto, sair de trás do patriarca, levantar os olhos confiantes de quem, ao lado de seu parceiro de vida, organiza e administra a estrutura familiar. Quanto aos filhos, seu papel também deixa de ser secundário e eles assumem boa elevação econômica na ordem familiar, assim como se destacam mais pelas suas qualidades próprias, seu preparo intelectual e sua crescente capacidade de decisão. O divórcio, o controle da natalidade, a concepção assistida, a reciprocidade alimentar são valores novos que passam a permear o tecido familiar, para torná-lo mais arejado, mais receptivo, mais maleável, mais adaptável às concepções atuais da humanidade e da vida dos humanos. A fidelidade, como valor que não se desprendia da virtude e da abnegação no anterior tempo, hoje se descortina como a aspiração individualista do amor autêntico, não eivado de mentira ou de mediocridade, como descreve Gilles Lipovetsky em A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos. Mas, acima de tudo, espalha-se a ideia de afetividade, como o grande parâmetro modificador das relações familiares, estando a querer demonstrar que o verdadeiro elo entre as pessoas envolvidas nessas relações, nesse núcleo, nesse tecido, consubstancia-se no afeto”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Páginas de Direito**, 07 ago. 2008. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/191-artigos-ago-2008/5798-a-incessante-travessia-dos-tempos-e-a-renovacao-dos-paradigmas-a-familia-seu-status-e-seu-enquadramento-na-pos-modernidade>>. Acesso em: 12 jul. 2012.).

²³⁶ “Há uma tendência atual, no Direito de Família, constante do fenômeno denominado “repersonalização das relações civis”, que coloca a relação “afeto” e “família” mais entrelaçada, valorizando-se a dignidade e o interesse da pessoa humana em detrimento de outros interesses, como os patrimoniais, fato outrora intercorrente”. (PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. O judiciário diante dos desafios das novas entidades

família, sendo que a família deixou de representar, exclusivamente, a garantia de proteção econômica e política e passou a exercer suas principais características no âmbito psicológico dos indivíduos.

Na Constituição Federal Brasileira, de 1988, marco jurídico-político da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres está contemplado no art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais. O art. 226, § 5º da Constituição estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.²³⁷

O casamento concebido nos moldes proclamados pela igreja católica perdeu prestígio, e a nova família, baseada no afeto, na individualidade de seus componentes e no respeito à diversidade de comportamento e opiniões, ganhou espaço e, atualmente representa um ideal a ser alcançado.²³⁸ Se no passado, as moças reclusas em seus quartos sonhavam com um príncipe encantado que chegaria num cavalo branco e a levaria para uma vida de sonho, sendo felizes para sempre, na atualidade a mulher busca um companheiro que lhe respeite e compartilhe com ela as coisas boas e difíceis da vida. Os filhos e as filhas são, na maioria das vezes, fruto de um rigoroso planejamento, vez que deixaram de ser objetos e passaram a ocupar o lugar de sujeitos de direito, aos quais devem ser garantida a dignidade da pessoa humana.

A constitucionalização do direito de família, com parâmetros mais abertos, fez com que houvesse o reconhecimento da diversidade da organização familiar, sendo esta incluída no rol de proteção dispensada à família, o que “[...] ocasionou uma verdadeira revolução ao banir injustificáveis discriminações. A Constituição, ao outorgar proteção à família,

familiares e o novo direito de família. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, 2008, p. 60.).

²³⁷ NARVAZ, Marta Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Família e patriarcado: do princípio normativo a subversão criativa. UFRGS. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 1, Porto Alegre, jan./abr. 2006, p. 51. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012.

²³⁸ “Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. Constrói-se uma família eudemonista, na qual se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros, como já o dizem Oliveira e Muniz, desde o início da década de 90, entre nós”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Páginas de Direito**, 07 ago. 2008. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/191-artigos-ago-2008/5798-a-incessante-travessia-dos-tempos-e-a-renovacao-dos-paradigmas-a-familia-seu-status-e-seu-enquadramento-na-pos-modernidade>>. Acesso em: 12 jul. 2012.).

independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros”.²³⁹ Dias pondera ainda que “[...] o enunciado constitucional ao fazer referência expressa somente à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole”.²⁴⁰

Neste mesmo contexto, Palermo pondera que a equiparação da união estável a entidade família, nos moldes do artigo 226, §§ 3º e 5º da Constituição Federal de 1988, ainda que tenha eleito a diversidade de sexos como requisito, possibilitou o reconhecimento da uma família ampla, baseada na diversidade.²⁴¹ Entretanto, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha expressado literalmente a diversidade sexual para a constituição de entidade familiar, a interpretação sistêmica do respectivo diploma constitucional impõe a supressão de qualquer tipo de discriminação em razão de sexo, conforme disposição do artigo 3º desta Constituição que, como fundamento basilar do ordenamento jurídico brasileiro impõe o tratamento isonômico, ideário igualmente observado nas disposições do artigo 5º referente aos direitos fundamentais individuais. Desta forma, o conceito de família não é mais visto como algo ligado à celebração do matrimônio, sendo que a referida Constituição não mencionou, em nenhum momento a negativa de formação familiar por pessoas do mesmo sexo.

[...] Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento é dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é postura nitidamente discriminatória, que contraria o princípio da igualdade, ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.²⁴²

²³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental a homoafetividade**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/.../24_-_direito_fundamental_%E0>. Acesso em: 25 jul. 2012.

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental a homoafetividade**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/.../24_-_direito_fundamental_%E0>. Acesso em: 25 jul. 2012.

²⁴¹ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. O judiciário diante dos desafios das novas entidades familiares e o novo direito de família. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, 2008, p. 59-98. Neste contexto, o referido autor afirma que “O conceito de casamento ou união estável significa entidade familiar onde há a participação de um homem e de uma mulher esta inferido claramente pela Constituição Federal. Ao dispor no artigo 226, § 3º, sobre união estável (“entre o homem e a mulher”), e § 5º, quando dispôs sobre os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal “exercida igualmente pelo homem e pela mulher”, contrariando os argumentos expendidos pelos defensores de outro tipo de entidade familiar”. (PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. O judiciário diante dos desafios das novas entidades familiares e o novo direito de família. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, 2008, p. 60.).

²⁴² DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental a homoafetividade**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/.../24_-_direito_fundamental_%E0>. Acesso em: 25 jul. 2012.

Tecendo igualmente comentários sobre a família contemporânea, Sapko²⁴³ afirma que a família atual oferece além da inclusão social do indivíduo como pertencente a uma comunidade, o apoio psicológico e a solidariedade mútua.

Hoje, a família ainda tem sua função, só que ela não é mais física, externa. É psicológica, compreendendo o sentimento de segurança, de apoio, de cooperação, de solidariedade e de afeto, tão indispensáveis aos seres humanos, principalmente no mundo em que vivemos, desumanizado pela competição, pela compartimentalização dos conhecimentos, pela impessoalização das relações, onde o homem deixou de ser tratado como um todo, passando a ter relevância, em cada situação, apenas por aquela parcela de si indispensável ao funcionamento daquela determinada engrenagem.²⁴⁴

Assim, a pluralidade da família contemporânea impõe o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar e, conseqüentemente, a garantia da proteção integral, por parte do Estado, a instituição família. Dias contribui afirmando que o reconhecimento das uniões homossexuais é fato que se impõe, seja pela construção social que não tem como negar a existência de tais relações, seja pelas disposições legais, que não proíbem em nenhum momento tal reconhecimento.

Portanto, a família contemporânea tem como principal característica a possibilidade real, de ser plural, ainda que essa pluralidade esteja em constante busca de reconhecimento, à democracia, à liberdade de expressão e à isonomia, princípios estes proclamados pela Constituição Federal de 1988 e que, de forma clara, permitem que haja visibilidade para as novas construções familiares e, principalmente, respeito pela conduta eleita de forma individual, ainda que a lei maior tenha se omitido, expressamente no artigo 226, a versar sobre as uniões homossexuais.

A Constituição Federal outorgou especial proteção à família independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com os descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecida como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que o convívio entre duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito as relações homoafetivas. Presentes os requisitos da vida em comum,

²⁴³ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e a maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 66.

²⁴⁴ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e a maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 66.

coabitação, mútua assistência, e de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tem identidade característica.²⁴⁵

Diante do exposto, como fonte de inovação das relações familiares no Brasil, encontra-se a afirmação da família homoparental, ou seja, da família formada por vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo.

Cabe ressaltar que as famílias homoparentais já existe a muito tempo na realidade social, como demonstra a quantidade de pesquisas feitas sobre elas há trinta anos, faltando apenas o seu reconhecimento legal. Recusar chamar de “família” esse arranjos e negar a existência de um vínculo interfamiliar entre os seus membros (ainda que esse vínculo possa ter um aspecto extremamente polimorfo e variado) significa “fixar” a família dentro de um formato único, que não corresponde à diversidade de expressões que ela adotou nas sociedades contemporâneas.²⁴⁶

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha por princípio a igualdade e a proibição de qualquer tipo de discriminação, esta não logrou êxito por completo, nem demonstrou empenho a proteger as uniões homossexuais. Lamentavelmente, sequer supôs o reconhecimento de tal relação como entidade familiar na época da elaboração do texto constitucional, da mesma forma não empenhou esforços em incluí-las (embora tenha mencionado do artigo 3º), por tais relações representarem conduta excluída dos padrões da moralidade atendidos pelos constituintes da época.

Em relação a postura legislativa e judiciária sobre a questão das união homoafetivas e a outorga de direito, Dias chama a atenção para a questão da discriminação em relação a qualquer comportamento que ultrapasse os limites dos padrões comportamentais vigentes.²⁴⁷

A Constituição Federal de 1988 foi enfática ao proibir qualquer forma de discriminação. Porém, não tocou na questão da heterossexualidade como padrão único, muito pelo contrário: afirmou a não discriminação sexual. Sendo assim, prevalece a proibição de discriminação negativa para qualquer tipo de orientação do desejo sexual.

²⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: preconceito e justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

²⁴⁶ ZAMBRANO, Elizabeth (Coord.). **O Direito à homoparentalidade**. Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Instituto de Acesso a Justiça, 2006, p. 14.

²⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 78.

A chamada constituição cidadã, pretendendo integrar no laço social todos os cidadãos, foi enfática e até repetitiva em vetar discriminação de qualquer ordem. Ainda que festejada por ar de modernidade, acabou restringindo a proteção estatal à entidade familiar formada por um homem e uma mulher, olvidando que a heterossexualidade não é a única de vida que existe. Assim, não assegurar garantias nem outorgar direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo infringe o princípio da igualdade escancarando postura discriminatória ao livre exercício da sexualidade. A omissão acaba por consagrar violação aos direitos humanos, pois afronta a liberdade sexual, direito fundamental do ser humano que não admite restrição de qualquer ordem.²⁴⁸

As questões específicas do preconceito e da discriminação em relação às uniões homossexuais são abordadas por Rios, de forma brilhante ao fazer, ainda no início de sua obra *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, uma explicação clara do que cada um dos conceitos acima mencionados representa:

Preconceito e discriminação são termos correlatos que apesar de designarem fenômenos diversos, são utilizados por vezes de modo intercambiado. Para o desenvolvimento deste estudo é necessário, de início, fixar o sentido em que são empregados.

Por preconceito designa-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos individuais e dos grupos.²⁴⁹

Desta forma, ainda que a união homossexual não tenha sido objeto da proteção expressa da Constituição Federal de 1988, a família formada por pessoas do mesmo sexo é uma realidade com a qual a sociedade precisa conviver e respeitar.²⁵⁰

²⁴⁸ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 85.

²⁴⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 15. Com relação ao cerne que permeia todo o discurso discriminatório, tanto dos julgadores quanto dos legisladores e da sociedade, meio este de materialização do preconceito, se fará um abordagem profunda na seção seguinte. Contudo, se faz imprescindível referir a distinção neste ponto como forma de direcionar o leitor corretamente aos termos utilizados, e principalmente, afirmar desde já a certeza de que o não reconhecimento das uniões homossexuais como famílias é resultados da estrutura social vigente, quem embora reconheça a possibilidade da pluralidade, ainda mantém erguidos os muros do padrão patriarcal, machista e preconceituoso.

²⁵⁰ “Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento é dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é postura nitidamente discriminatória, que contraria o princípio da igualdade, ignorando a

Como já se mencionou nesta pesquisa, a homossexualidade é um fato recorrente em todas as civilizações, sendo que o caráter familiar de união afetiva homossexual, construção esta conjunta de patrimônio e constituição de prole, é um fenômeno recentemente observado, trazendo à tona uma realidade até então velada.²⁵¹

Para tanto, na seção seguinte será abordada a união homossexual como entidade familiar, baseada na principiologia constitucional brasileira, como elemento fundamentador da igualdade de direitos e obrigações de todos os tipos de família baseados no afeto.

2.3 A UNIÃO HOMOSSEXUAL COMO ENTIDADE FAMILIAR A PARTIR DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

O objetivo da presente seção é demonstrar, a partir da base principiológica da Constitucional Federal brasileira de 1988, que a união homossexual possui as mesmas características e condições da união heterossexual, com as mesmas intenções de constituição de prole e patrimônio em conjunto, devendo, portanto, ser concebida como entidade familiar, uma vez que as pessoas, independentemente da orientação do seu desejo sexual, podem se unir através de laços afetivos. Assim sendo, essa união representa o que o legislador chama legalmente de “família”.

A grande questão que paira neste debate, é demonstrar que a diferença proclamada entre a união heterossexual e a união homossexual é fruto exclusivamente do preconceito que, conseqüentemente, tem gerado a discriminação negativa contra os casais homossexuais. Vale salientar que a relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo não constitui nem pecado, nem doença, muito menos representa um ato fora da naturalidade dos seres humanos. Para tanto, é imprescindível compreender que a construção social do reconhecimento deve convergir no sentido de outorgar às uniões homossexuais as mesmas proteções institucionais que ao casamento e a união estável.

vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo”. (RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 87.).

²⁵¹ “Durante muito, os homossexuais preferiram os nichos de isolamento, as comunidades alternativas, os guetos da obscuridade, cumprindo atitudes que intentavam o escândalo, o desprezo pelos costumes e pelas regras de convivência, sendo a família contestada, rejeitada e proclamada como funestara às madrugadas da liberdade sexual, e amaldiçoada como instituição e molde”. (ZAMBRANO, Elizabeth (Coord.). **O Direito à homoparentalidade**. Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Instituto de Acesso a Justiça, 2006, p. 16).

Com base principiológica sólida, proporcionada pelos ditames constitucionais apresentados pelo neoconstitucionalismo²⁵², é crucial reconhecer à união homossexual o *status* de família e, a partir daí, uma vez integrada ao ordenamento jurídico ou na interpretação que se faz deste, essa entidade familiar poder, livremente, constituir prole, seja através da adoção ou através da inseminação artificial, no caso das lésbicas. Contudo, independentemente da origem da prole, o fundamental é que, esses filhos e filhas possam ter em seus registros os nomes de suas mães ou de seus pais, crescendo legitimado neste contexto e tendo garantido os direitos sucessórios de ambos os genitores, assim como a assistência permanente dos mesmos.

Diante do exposto, o cerne da argumentação aqui apresentada reside especificamente na compreensão de que a união homossexual faz nascer uma família, e essa família merece a igualdade de tratamento e de proteção da união heterossexual.

Na contemporaneidade, a união heterossexual é marcada pelo amor e o afeto que une seus pares, em sua grande maioria, assim como ocorre na união homossexual, que também tem no amor e no afeto sua válvula propulsora. Desta forma, ninguém, no Estado Democrático de Direito, estaria apto em afirmar o contrário. Nem o juiz, nem o legislador e nem a sociedade que vive num contexto “democrático”, poderiam posicionar-se dizendo que a união homossexual não constitui família, uma vez que os unidos pelo amor mantêm uma relação familiar e, assim se reconhecem.

Como dito desde o início desta pesquisa, a família é fundamental para acolher o ser humano e funciona como estrutura social. Ela também tem um papel definitivo na construção da identidade dos indivíduos e de seu reconhecimento, talvez em razão de que sua essencialidade seja pautada por padrões de conduta, atualmente não mais tão estáticos nem sagrados, mas ainda conservadores, como já explanado nas duas seções anteriores.

²⁵² É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”. Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (mais princípios que regras); ponderação no lugar de subsunção (mais ponderação que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez de Poder Legislativo e Executivo (mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo); Constituição em substituição a lei (ou maior ou direta aplicação da Constituição em vez da lei). (AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. N. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 06/12/2012.

Nesse sentido, a fim de construir o pensamento da presente sessão, se retomará brevemente a concepção de família, a partir das palavras de Faria e Nobre, a fim de contribuir com a sucessão de informações apresentadas em relação à família homossexual.

A sociedade estabelece um modelo-padrão de família, no qual se espera que todas as pessoas se enquadrem. O modelo considerado ideal de família em nossa sociedade é chamado mononuclear, ou seja, constituída por um núcleo que são o pai, a mãe e as filhas e filhos, de preferência poucos, melhor ainda se forem um casal.

A família é considerada o lugar de socialização das crianças, o lugar onde se criam e se educam. É na família que as crianças fazem seus primeiros aprendizados para uma divisão sexual do trabalho e é nesse ambiente que elas adquirem grande parte de sua identidade de gênero. É na família que a criança começa aprender o que é “ser homem” e o que é “ser mulher”.²⁵³

Assim, se a família é o primeiro lugar de interação e compressão do indivíduo, é nesse local que as concepções são formadas, como afirmaram as autoras antes citadas. É na família que se tem as primeiras noções de relações de gênero, contudo, é nesse local também que nascem as primeiras ideias de diferença, posto que o modelo transmitido de forma afetuosa por quem está criando, pode vir a ser contestado pela criança, que reproduzirá um padrão diverso do que conheceu.²⁵⁴

Nesse novo contexto social contemporâneo, que exige questionamentos e autenticidade, é imprescindível que as pessoas, bem como as instituições estejam aptas a tratarem com a diversidade dos novos modelos de vida, já que basear-se apenas em uma única forma de estruturação família, significa deixar de fora da proteção estatal uma parcela da sociedade, ou seja, a margem do reconhecimento e da própria legalização. Esta nova realidade de estruturação familiar já pode ser constatada, inclusive nos lares heterossexuais, onde o modelo de família não exige mais um pai e uma mãe unidos pelo casamento, mas sim, em muitas vezes, está formado pela mãe e seu namorado que convivem, pelo pai e sua companheira que já tem filhos de outros casamentos, sendo todos estes e estas reconhecidos como pertencentes à família, mesmo que vivam em outras habitações que não a conjunta.

Assim, pode-se afirmar que a separação de casais e a constituição de novas famílias deixaram de ser encaradas como uma forma de família desestruturada, assim como o

²⁵³ FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. **Gênero e desigualdade**. São Paulo: Ed. Sempreviva Organização Feminista, 1997, p. 20.

²⁵⁴ Esse processo de individuação que implica na construção de uma identidade de resistência é próprio do ser humano, de acordo com o atual momento histórico, vez que se tem por obrigação ser questionador, e construir um estilo próprio de vida.

casamento não é mais requisito para a união das pessoas, uma vez que estas se consideram unidas em vínculo familiar, ainda que não exista nenhuma formalização legal de tal união.²⁵⁵

Com isso, verifica-se que mesmo diante da inexistência de lei específica para proteger a relação entre pessoas do mesmo sexo, esta merece proteção uma vez que se consideram unidos em vínculo familiar, ainda que inexistam documentação, a exemplo do que ocorre com as uniões estáveis.

Entre as novas formas de união familiar, traz-se presente a família homoparental como uma forma diferente de relacionamento, visto que é composta por laços afetivos entre pessoas do mesmo sexo.

É dentro desses novos arranjos que surge a “família homoparental”, propondo um modelo alternativo, no qual o vínculo afetivo se dá entre pessoas do mesmo sexo incluindo, também, os casos de parentalidade dos travestis e transexuais. Tais uniões não possuem capacidade procriativa (no sentido biológico), embora seus componentes possam tê-la individualmente.²⁵⁶

Nesse novo contexto a união homossexual é uma realidade que se impõe, em razão, principalmente da vontade de gays e lésbicas se unirem e se manterem unidos na forma de família. Associado a essa fator, tem-se as disposições legislativas inseridas no sistema jurídico brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que apresentam um caráter de aceitação a diversidade, proporcionando, como afirma Rios, uma flexibilidade no ordenamento jurídico de um modelo único de família até então vivenciado como sendo o “correto”.

Nessa evolução, há de se frisar, primeiramente, a superação da visão que subordinava a dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais, estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão estatal. De fato, desde o reconhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida comum, diversas da tradicional família legítima, até a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal, o regime jurídico da família hoje vigente operou uma ruptura com o paradigma institucional antes prevalente.

²⁵⁵ “Embora seja a mais comum entre nós, a família nuclear, monogâmica, heterossexual e com finalidade procriativa, não é a única em nossa sociedade acidental, comporta, atualmente por outros tipos de família. Depois do advento do divórcio, houve uma multiplicação de novos arranjos familiares permitindo aos indivíduos a construção de novos tipos de aliança, como a família de acolhimento, recompostas e monoparentais”. (ZAMBRANO, Elizabeth (Coord.). **O Direito à homoparentalidade** - Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Instituto de Acesso a Justiça, 2006, p. 14.).

²⁵⁶ ZAMBRANO, Elizabeth (Coord.). **O Direito à homoparentalidade** - Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Instituto de Acesso a Justiça, 2006, p. 14.

Este aspecto é muito importante, uma vez que em virtude dessa nova disciplina constitucional pode-se conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a mobilidade que a dinâmica social lhe exige, sem a fixidez de um modelo único que desconhece a pluralidade de estilos de vida e de crenças e o pluralismo que caracteriza nossos dias.²⁵⁷

O sistema jurídico brasileiro tende, na atualidade, a valorizar as relações afetivas, as quais se sobrepõe a questão exclusivamente patrimonial. Nesse contexto, o afeto é o fator que forja a identidade e o reconhecimento dos sujeitos, já que fora da relação emocional o sujeito se constrói de forma incompleta. Com isso, a família passa a ser eudêmica, com valorização dos sentimentos e do amor que une seus integrantes. A relação entre pais, mães, filhos e filhas, assim como a relação de companheiros é uma relação de “bem querer”, já que inexistindo o afeto, o respeito e o prazer na presença do outro, não há justificativas para a manutenção desta relação familiar. Nesse sentido, Dias aponta a importância da afetividade nas famílias:

A busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias, que floresceram vincadas muito pelo afeto. Um imenso desejo de felicidade, de ser gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida é que levou nossos contemporâneos à recusa do modelo excessivamente rígido e normativo de família, conforme Michele Perrot. Eles rejeitaram o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de claro humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e a liberdade individual.²⁵⁸

O afeto que une os indivíduos na relação familiar, independente do tipo de família constituída, é essencial para a construção do sujeito pós-moderno, autêntico, equilibrado, conectado com a realidade e, principalmente, seguro da possibilidade de efetivamente expressar-se livremente. Diante disso, e retomando o conceito de família apresentado anteriormente por Faria e Nobre, tem-se que os filhos e as filhas da família contemporânea ganharam a possibilidade de compreenderem, desde cedo, que o mundo é construído pela diversidade de relações, e que estas não são um “defeito” a ser eliminado do convívio social.

A valorização da individualidade, através da relevância dispensada a vontade individual dos componentes da família, garante aos sujeitos a existência digna, dentro ou fora

²⁵⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 104.

²⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64-65.

desta instituição, ou seja, não há mais a necessidade da manutenção de uma relação amorosa, nos casos em que isso se mostra inviável, haja visto, que ainda que despidos dos papéis de marido e esposa, os indivíduos permanecem sendo sujeitos de direito e tendo garantida a dignidade de sua existência, expressão essa garantida pelo disposto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a qual deixa claro que o estado garantirá a assistência a família, na pessoa de cada um de seus indivíduos, ou seja, será garantida a dignidade e o respeito às condições específicas da mulher, dos filhos, das filhas e do homem.

Nesse contexto, de valorização dos indivíduos e da afetividade em sobreposição ao patrimônio é uma das formas de efetivar e garantir a dignidade das pessoas homossexuais, enquanto integrantes do Estado Democrático de Direito, já que a dignidade é inerente a própria existência humana e, no caso dos homossexuais tal dignidade decorre de seu reconhecimento isonômico, razão pela qual, a família homossexual deve ser objeto sim, de estudos do direito de família.

Contudo, a proclamada igualdade e o reconhecimento respeitoso e digno de todos os indivíduos não são oferecidos com plenitude às relações homossexuais, sob a peche de que tal união não atende aos padrões familiares, ou pior, que a referida união sequer chega a ser considerada uma união, posto que para muitos, a homossexualidade representa apenas um desejo sexual “transviado”.

Nesse contexto preconceituoso, inclusive do ordenamento jurídico, Rios afirma que muitos direitos foram negados aos homossexuais em razão de sua exclusão do âmbito familiar²⁵⁹, bem como, da aplicação inadequada dos princípios constitucionais. Isso tudo fere a efetivação da dignidade da pessoa humana, como requisito intrínseco da própria existência.

A vertente jurisprudencial que acabará por reconhecer e legislar sobre a união homossexual, é a mesma que outrora reconheceu a união estável como entidade familiar que, a princípio, foi se socorrer no direito de trabalho para reconhecer a união estável. Segundo Dias, é lastimável que a relação afetiva tenha que ser equiparada a prestação de serviço e ao direito comercial para ser reconhecida.²⁶⁰ Após as mazelas enfrentadas na dissolução das

²⁵⁹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 107.

²⁶⁰ “No entanto, tal foi a rejeição à ideia de ver esse núcleo como uma família, que a jurisprudência, em um primeiro momento, se socorreu do direito do trabalho, vendo uma verdadeira relação laboral dar ensejo a indenização por serviços domésticos prestados. Ora, em um relacionamento afetivo, não há prestação de serviço, há troca afetiva e esforço comum. Depois se fez analogia com o Direito Comercial, utilizando como subterfúgio certa similitude com a sociedade de fato, de forma a evitar o enriquecimento injustificado de um dos

uniões estáveis, ora relegadas ao direito do trabalho, ora ao direito comercial, acabou por reconhecer a união de pessoas de sexo diverso como entidade familiar, ainda que sem vínculo matrimonial.

Assim, uma vez inexistindo a exigência de formalização da união das pessoas através do casamento e, considerando a união estável como entidade familiar, ainda que sem certidão de casamento, pode-se afirmar que a entidade familiar exige como requisitos o afeto, o objetivo comum de conviver, e que essa relação se prolongue no tempo de modo a dar publicidade a relação, ou seja, dure o tempo suficiente para que os conviventes sejam tidos como casal no meio que circulam. A constituição de prole é um dos objetivos dos conviventes, contudo, se não ocorrer, não lhes retirará a condição de entidade familiar.

Diante disso, uma vez dispensada a certidão de casamento para o reconhecimento da união estável como constituidora de família, da mesma forma que a procriação deixou de ser o centro da relação de convivência, então, questiona-se por que a diversidade de sexo é mantida como elemento fundamental para o reconhecimento da união estável? Rios, com muita propriedade aborda o tema, afirmando que a união homossexual cumpre com todos os requisitos, exigidos pela Constituição Federal de 1988, para constituir a entidade família.

Neste rumo, foram superados antigos dogmas relativos às finalidade reprodutivas destas comunidades, antes apresentadas como condição necessária para o reconhecimento da entidade familiar, também foram ultrapassadas exigências formais, antes satisfeitas unicamente pela celebração do casamento civil.

As chamadas “união homossexuais”, onde vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável e durável, satisfazem, portanto, essas notas distintivas requeridas pela regulamentação jurídica da família estampada na Constituição de 1988.²⁶¹

Diante do acima exposto e argumentado, a união homossexual pode ser reconhecida, nos moldes jurídicos, como uma entidade familiar. Contudo, o que falta no presente momento é que tal fato seja incorporado no discurso do reconhecimento das instituições estatais, bem como das instituições que possuem os meios dizer o direito e também das que são responsáveis por elaborarem as normas que, uma vez promulgadas, atuam universalmente e eliminam, pelo menos juridicamente, o discurso da discriminação. Porém, vale salientar que,

companheiros e permitir a participação patrimonial”. (DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.).

²⁶¹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 109.

mesmo sem a previsão legal específica, a união homossexual não ficaria desprotegida legalmente.

É sabido que o direito não se antecipa aos fatos sociais, contudo, os legisladores não podem se furtarem a analisar adequadamente as questões que lhe são apresentadas, posto que um dos pilares do Direito Civil aponta que, na falta de lei, o juiz poderá recorrer a moral, a analogia e aos princípios gerais de direito, agindo sempre com equidade. Assim, muito do que se verifica na atualidade em relação ao reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, vem sendo fundamentado nas decisões do Poder Judiciário, que não nega amparo às lides que lhe são apresentadas, ainda que sem uma uniformização de entendimento.

No Brasil, as uniões homoafetivas, conquanto não criminalizada a conduta homossexual, não encontra qualquer regramento específico que lhe dê uma proteção jurídica efetiva, tendo sucumbido todas as tentativas, seja na orbita constitucional, seja na esfera da legislação ordinária, de regulamentar a matéria. De outra parte, como o casamento e a união estável pressupõe união entre um homem e uma mulher, inviável se torna a aplicação analógica deste instituto a união homossexual. Assim, as uniões homossexuais são tidas como marginais, e estaria, efetivamente, privada de qualquer proteção se aqueles que batem às portas do Judiciário não tivessem encontrado juízes sensíveis e atentos ao seu dever de ofertar a prestação jurisdicional mesmo diante da omissão legislativa.²⁶²

É sabido que, na maioria das vezes, é diante do Poder Judiciário que os homossexuais têm encontrado a proteção de que necessitam, pois foi nessa esfera que estes tiveram reconhecidos os direitos previdenciários, a dissolução das uniões e o direito sucessório. Com relação ao papel prodigioso desempenhado pelo Poder Judiciário diante do reconhecimento da união homossexual como entidade familiar e, diante da outorga por este de uma gama de direitos previstos para a manutenção e dissolução das uniões homossexuais, Mello salienta que a influência da composição machista do Congresso Nacional brasileiro impossibilita o reconhecimento de direitos aos homossexuais, bem como se refere à importância do Poder Judiciário na outorga de direitos aos homossexuais.

Com papel protagonista na promoção dos direitos dos homossexuais o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) conferiu, em outubro de 2011, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF (Adin nº 4.277/DF), a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro de 2003, reconhecendo a

²⁶² SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 59.

impossibilidade de discriminação em razão do sexo, seja no campo do gênero ou da orientação sexual. Diante de tal julgamento as uniões homossexuais foram incorporadas na interpretação das disposições do art. 1.273, garantindo que pessoas do mesmo sexo possam se unir na forma de união estável, e assim passaram a ser incluídas no rol de entidades familiares. Com relação especificamente ao julgado, acima mencionado, será feita uma análise no capítulo que segue.

Contudo, ainda que o Poder Judiciário desempenhe um papel de destaque, o Poder Legislativo deixa a desejar quando o assunto refere-se aos direitos das relações das pessoas do mesmo sexo. O legislador tem se furtado, reiteradamente, de legislar sobre o assunto, muito em razão das características do parlamento, formado a partir do modelo conservador e tradicional de família, os quais, de forma dominante temam impor, juntamente com setores religiosos, a formação familiar heterossexual como absoluta e única possibilidade de entidade familiar.

Verifica-se que, boa parte da justificativa da negativa em relação ao reconhecimento legislativo da união homossexual como entidade familiar, decorre das concepções patriarcais e religiosas incorporada no discurso do Congresso Nacional. Hahn e Aimi contribuem com esta análise:

Na igreja cristã argumenta-se a condenação da homossexualidade a partir da interpretação de textos bíblicos e da sua tradição. Usa-se comumente a leitura tradicional de Rm 1,26-27 para provar que a homossexualidade é algo pecaminoso e antinatural. Como consequência disso, é comum encontrar, até mesmo entre os próprios homossexuais, a ideia de que a bíblia condena sua experiência. Exclui-se, assim, a ideia de que a Bíblia possa trazer uma mensagem de libertação para gays e lésbicas.²⁶³

Prova disso é que existe tramitando na Câmara dos Deputados do Brasil, o projeto de lei denominado de “Parceria Civil” (Projeto de Lei nº 1.151/1995). Tal projeto foi apresentado pela, na época, Deputada Federal Marta Suplicy (PT-SP) e visava o reconhecimento de direitos civis aos parceiros homossexuais, sem, contudo, implicar no reconhecimento de relação familiar. O projeto tinha por escopo a questão previdenciária, posto que em razão das proporções assumidas pela disseminação do vírus da AIDS (síndrome da imunodeficiência

²⁶³ HAHN, Noli Bernardo; AIMI, Volimar. A bíblia, a homossexualidade e o direito. In: BERTASO, João Martins. (Org.). **Cidadania e Interculturalidade**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania e interculturalidade”. Santo Ângelo: Furi, 2010, p. 53.

adquirida), a intenção fundamental era não deixar desamparado, o parceiro sobrevivente.²⁶⁴ Contudo, mesmo após mais de 15 anos da proposição e tramitação do projeto na Câmara Federal de Deputados, o Projeto de Lei não foi votado, e provavelmente, nem o seja, posto que as conquistas já adquiridas pelas relações homossexuais ultrapassam as previsões legais do projeto.

Todavia, a questão de maior relevância a ser apresentada referente ao Projeto de Lei, não é em relação especificamente ao seu conteúdo e os direitos protegidos, mas sim as razões pelas quais, passados mais de 15 anos da proposta, o Projeto de Lei ainda não foi votado. Em relação a tal assunto, Mello afirma que a posição machista da Câmara de Deputados e o preconceito que permeia a Casa Legislativa foram os principais fatores da não votação do Projeto de Lei.

[...] o Projeto de Lei nº 1.151/95 na Câmara de Deputados: enquanto sua autora é uma mulher e feminista, a possibilidade de sua efetiva aprovação esta a depender dos homens, que constituem maioria absoluta no Congresso Nacional, assim como nos núcleos dirigentes das instituições religiosas, cujos pressupostos morais estruturam o posicionamento contrário assumido pelo parlamento. Para além do heterocentrismo, portanto, o androcentrismo ainda tem sido uma forte característica dos debates relativos não só à homossexualidade, mas também a família. A um Estado controlado basicamente por homens associam-se, como atores sociais importantes, Igrejas, cujos postos de comando também são ocupados por homens, que pautam sua atuação política em crenças e em valores socialmente definidos como masculinos, muitas vezes numa feição claramente machista.²⁶⁵

Em contrapartida Mello discorre sobre o papel prodigioso desempenhado pelo Poder Judiciário:

Assim, ainda que as lutas em torno do amparo legal a união entre pessoas do mesmo sexo pereçam ter uma longa trajetória pela frente, a afirmação da conjugalidade homossexual como entidade familiar que rompe os limites da norma heterocêntrica já é um fato entre os homossexuais. Esse entendimento também tem se mostrado cada vez mais frequente entre outros segmentos sociais e mesmo na esfera do Estado, especialmente por meio das discussões no Congresso Nacional e de decisões do Poder Judiciário, que apontam para o reconhecimento jurisprudencial da dimensão familiar da conjugalidade homossexual e da garantia do direito à parentalidade a gays e lésbicas. Inclusive, talvez não seja exagerado dizer que, em face da resistência do parlamento de apreciar o Projeto de Lei nº 1.151/95, que já esta na Câmara de Deputados há dez anos, o Poder Judiciário é a instância que, na

²⁶⁴ MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 17.

²⁶⁵ MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 19.

ausência de lei, normatizará o amparo legal às relações entre pessoas do mesmo sexo, da mesma forma como procedeu em relação às uniões concubinárias.²⁶⁶

Diante da inexistência de leis que regulamentem e protejam a relação entre pessoas do mesmo sexo, o Poder Judiciário, como afirmado acima, desempenha o papel que o legislativo se nega a fazer, equiparando, na maioria das vezes (isso depende da visão do Magistrado) as relações homossexuais às heterossexuais, a partir da correta hermenêutica de análise constitucional. Quando assim o faz, o Poder Judiciário trás a tona a relevância principiológica da análise e aplicação das normas do ordenamento jurídico segundo a ideologia constitucional, como o caso do julgamento da Adin nº 4.277/DF, pelo STF. Também vale ressaltar que, neste contexto constitucional, não se pode olvidar o discurso que reside na dignidade da pessoa humana, na proibição constitucional da discriminação em razão do sexo, e na igualdade de todas as pessoas, dispositivos estes previstos no Título I: “Dos Princípios Fundamentais” da Constituição Federal de 1988.

Diante dessa questão, será realizado, a partir desse momento, uma abordagem teórica baseada na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy²⁶⁷, a fim de defender que as normas princípio de uma constituição tem valoração mais elevada do que as normas regras, visto que, segundo o autor são mandamentos de otimização, a fim de justificar o posicionamento dos órgãos estatais em defesa das uniões homossexuais e da adoção por casais homossexuais, diante da inexistência de legislação específica.²⁶⁸

Em conformidade com Alexy, a utilização do termo “norma” é compreendido tanto para as regras como para os princípios, sendo, contudo, basilar realizar a distinção entre regra e princípio, posto que tal distinção compõe a coluna-mestra na construção adequada da teoria dos direitos fundamentais, sob as óticas da restrição dos direitos fundamentais, da colisão e da efetivação destes.

Com frequência, não são regras e princípios, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o

²⁶⁶ MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 22.

²⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁶⁸ Existe posicionamento diverso, afirmando que a norma regra deve ser considerada em detrimento à norma princípio, pois trata de caso concreto e, por isso teria maior valoração. No caso em voga, adota-se a teoria do referido autor, por acreditar-se que as normas princípios fazem parte do ideário central de uma constituição e, é a partir desse ideário que todo o ordenamento jurídico deve mover-se.

conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, por que ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes. A distinção entre regra e princípio é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁶⁹

No sentido de distinguir regras e princípios, o autor faz uma acirrada digressão, no sentido de apresentar diversas teorias que oferecem bases distintas para a construção da diferenciação entre regras e princípios. Contudo, ao final, aponta no seguinte sentido: que princípios são mandamentos de otimização, enquanto as regras são determinações para casos concretos, adotando assim, a teoria qualitativa na distinção de regras e princípios.

Entende-se por mandamentos de otimização as “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁷⁰, sendo que o limite de aplicação, ou seja, a “[...] medida do possível” é obtida através da colisão dos princípios, conforme o caso concreto. Nesse sentido, de acordo com o autor, é na análise do caso concreto e no embate de um princípio em colisão com o outro princípio que se vai fazer valer um em detrimento do outro, sendo que nenhum dos princípios sejam excluídos do campo de atuação da Constituição.²⁷¹

Nas palavras do autor, as normas regras serão conceituadas como determinações “[...] daquilo que é fática e juridicamente possível fazer”.²⁷² Como se denota, os princípios tem uma abrangência maior, embora o autor fuja da teoria de grau de generalidade e se filie a teoria qualitativa para determinar a distinção entre regra e princípio. Pode-se afirmar, então, que o princípio possui uma atuação mais abrangente, ou seja, ainda que determinada regra não possa ser aplicada a determinado caso concreto, a solução do conflito apresentado passará pela questão principiológica antes de encontrar uma solução satisfatória.

Entretanto, para que se conclua pela aplicação de determinado princípio, partindo-se da premissa da colisão de princípios, é necessário o caso concreto para se travar o embate.²⁷³

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, loc. cit.

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

²⁷³ O que ocorre na colisão dos princípios é o sopesamento de um princípio sobre o outro a partir da análise do caso concreto que irá oferecer a solução mais adequada, e para que isso efetivamente ocorra é indispensável a aplicação da proporcionalidade nas três máximas parciais oferecidas por Alexy, quais seja, a máxima da

Assim, a eleição de um princípio em detrimento de outro, decorre da interpretação apresentada pelo julgador, a qual obrigatoriamente passa pela linguagem. Nesse sentido, assim como a linguagem serve de instrumento para a construção da cultura, a mesma também determina a forma como ocorre a interpretação. Tanto em um caso como em outro, a linguagem permite uma construção flutuante, que constrói e reconstrói significados a partir do local de onde emana e para o qual atua.²⁷⁴

O intérprete de uma norma tem a função de construir e reconstruir significados, não realizando uma tarefa estática, mas mutável de acordo com as respectivas situações que lhe são apresentadas. Assim, ainda que a norma tenha redação fixa, sua aplicação dependerá da respectiva interpretação, a qual pode variar, de acordo com o momento e o local no qual a norma está sendo aplicada.

[...] pode-se afirmar que o intérprete não só constrói mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados no uso linguístico e construído na comunidade do discurso. Expressões como “provisório” ou “ampla”, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleo de sentido que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se diz que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentido; a dias, por que manipulam a linguagem, a qual são incorporados núcleos de sentido, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual.²⁷⁵

Como se verifica diante das ponderações dos autores supramencionado, e considerando que a distinção entre regras e princípios ocorre a partir de uma teoria qualitativa,

adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, as quais serão utilizadas no confronto dos direitos fundamentais quando esses, seja de forma individual ou no interesse coletivo apresentem caráter de princípio. Alexy conceitua as três máximas da seguinte forma: “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades *fáticas*”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.).

²⁷⁴ Com relação a linguagem e sua influência na construção de significados, ou seja, na interpretação, Ávila afirma: “[...] a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e o sentido de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado - sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32-33.).

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32-33.

tem-se nesta distinção que o papel do intérprete é fundamental para determinar a forma como a norma será aplicada, seja ela sob a ótica de regra ou de princípio.²⁷⁶

Da mesma forma que Alexy, Canotilho faz referência ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, diante da solução dos conflitos aprestados de forma concreta, passando pela adequação e necessidade. De acordo com o direito português, tal princípio é compreendido como o da “justa medida” referindo-se expressamente o autor:

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação as vantagens do fim.²⁷⁷

Mais adiante Canotilho afirma que o princípio da proporcionalidade deve atender ao caso concreto, tal qual afirma Alexy.

Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isto justifica que, perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitam a examinar se a regulação legislativa é *manifestamente* inadequada ou se existe um *erro manifesto* de apreciação por parte do legislador. Acresce que o princípio da proporcionalidade na qualidade de *medida de racionalidade regulativa* não pode ser invocado *per se*, mas sempre com referência a posição jurídica concreta.²⁷⁸

²⁷⁶ Segundo Alexy é na resolução da colisão entre as regras entre si, e os princípios entre si, que se encontra o maior fator de diferença entre ambos os conceitos. Para o autor, em havendo a colisão de regras, ou seja, na existência de duas regras antagônicas que servem para a solução do mesmo caso concreto, mas apresentam possibilidades contraditórias entre si, em não havendo uma regra de exceção, uma das regras será eleita em detrimento da outra, atendendo as seguintes máximas, a lei nova revoga e lei velha, no mesmo sentido de que a lei mais específica exclui a aplicação da mais abrangente. Nesse sentido, haverá a exclusão de uma regra em favor da outra, ou seja, a regra excluída deixa de fazer parte do sistema jurídico, situação completamente diversa da que ocorre com os princípios, já que mesmo uma sendo eleito em detrimento de outro no caso concreto, o excluído permanecerá pertencendo ao sistema jurídico, já que em outro caso concreto poder ser eleito em detrimento ao princípio que *a priori* havia lhe excluído. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.). Ainda segue o autor afirmando: “Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.²⁷⁶ Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico da norma de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.).

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 270.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 272.

Contudo, após breve síntese da teoria de Alexy, em relação a distinção de normas entre normas regra e normas princípio, para fins da construção da teoria dos direitos fundamentais, a pergunta que se lança é a seguinte: as normas de direitos fundamentais integram a categoria de regras ou de princípios? Contudo, o autor após completa explanação em relação ao questionamento acaba por adotar a teoria que defende o caráter duplo da norma de direito fundamental, afirmando que somente na complementação da regra com o princípio é que a norma de direito fundamental vai ao encontro de sua real efetivação.

No detalhe, muita coisa ainda pode ser redefinida e precisada. Nesse ponto, no entanto, é possível abrir mão disso. Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípio não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.²⁷⁹

Nesse sentido, é correto afirmar que as normas constitucionais de direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, assim sendo, constituem a linha mestra de aplicação do direito, razão pela qual a gama de princípios constitucionais vêm expressados nos primeiros quatro artigos da Constituição Federal de 1988, sucedidos pelo artigo quinto que trata dos direitos fundamentais, os quais atuam como regras, sem perderem o caráter de princípios, de acordo com a teoria do Alexy, que considera o caráter duplo das normas constitucionais.

Como já se verificou das explanações apresentadas, os direitos fundamentais constituem em última análise, princípios que servem de base para todo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a igualdade é proclamada no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, quando garante que ninguém será discriminado em razão do sexo, da mesma forma, que vem expresso no “*caput*” do artigo 5º, inciso I, quando garante a igualdade de gênero.

Diante do acima argumentado, as regras expostas no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, em relação as formações familiares, e aos modelos de entidade familiar recepcionada pelo legislador constituinte, estas devem ser interpretadas de acordo com a ordem principiológica constitucional ou seja, todos são iguais não se permitindo nenhum tipo de discriminação, inclusive diante da lei. Esta teoria, qual seja, a interpretação principiológica das normas constitucionais, é muito bem abordada por Canotilho, quando este se refere aos

²⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

Princípios Hermenêuticos da Constituição e ressalta o “Método Jurídico ou Hermenêutico Clássico”²⁸⁰ onde afirma que a interpretação da constituição deve levar em conta o todo, nesse caso, leia-se a vontade do Legislador Constituinte. Assim, no caso brasileiro, conforme citado acima, já nos objetivos do Estado o constituinte elencou a não discriminação sexual, apontando a observância deste princípio para a leitura dos demais dispositivos constitucionais, assim como esta observância no próprio ordenamento jurídico, seguindo, dessa forma, o ideário constitucional. Ainda, a fim de justificar a união de casais homossexuais e ter o reconhecimento como entidade familiar, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, vale ressaltar, os ensinamentos de Canotilho, no que se refere aos *Princípio de Interpretação Conforme a Constituição*, bem como do *Princípio da Interpretação com efeito integrador*.

Sendo assim, interpretar *Conforme a Constituição* significa atender a lógica sistêmica constitucional proposta pelo legislador constituinte, que nas palavras de Canotilho significa que o interprete da lei constitucional não pode subverter ou perturbar o esquema “organizatório-funcional” da Constituição²⁸¹, o que em última análise representa para o assunto aqui abordado, que a interpretação adequada do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 deve atender aos ditames do artigo 3º do mesmo diploma, o qual concede sentido ao sistema constitucional, garantido a igualdade, independentemente da orientação sexual dos indivíduos.

Com relação ao princípio da *Interpretação com Efeito Integrador* o mesmo autor refere expressamente sua conceituação no seguinte sentido:

[...] na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e a reforma da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio de efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismo, autoritarismo, fundamentalismo e transpersonalismo

²⁸⁰ O sentido da norma desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemáticos); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (= elemento racional); (iiiii) do elemento genético. A articulação destes vários fatores hermenêuticos conduzir-nos-á a interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardar pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte da concretização das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desenvolver o sentido do texto sem ir para além, e muito menor contra o teor literal do preceito. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 1210-1211.).

²⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 1224.

político), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a solução pluralisticamente integradoras.²⁸²

De conformidade com a conceituação acima referida na conjugação do artigo 226 com o artigo 3º, ambos da Constituição Federal, deve haver um movimento, por parte do intérprete, diante do conflito entre diversidade sexual, onde seja favorecida a integração política e social para formação de entidade familiar e união homossexual, buscando através deste princípio citado o reforço à unidade política de todo o ordenamento jurídico, a partir da integração deste com os ideários constitucionais.

Assim, ao finalizar o presente capítulo, pode-se afirmar que a união homossexual deve ser reconhecida como entidade familiar, vez que preenche os requisitos de união de afeto, sexualidade e comunhão de objetivos necessários a configuração da entidade familiar após a proclamação da dispensa da formalidade e da constituição de prole.

Nesse sentido novamente se afirma, de forma veemente, que considerando a base principiológica da Constituição Federal de 1988, ainda que, na inexistência de lei expressa em relação a tal concepção, a união homossexual preenche os requisitos de família, razão pela qual deve ser incluída no rol de entidades familiares. Isso tudo bem embasado também nas teorias de Alexy, acima expostas.

Uma vez reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, devem ser também garantidos todos os direitos atribuídos a união heterossexual inclusive, a adoção conjunta dos pares homossexuais, situação esta a ser analisada, especificamente no capítulo que segue, o qual abordará o processo de adoção regulamentado no Brasil, a aplicação do princípio da igualdade para justificar a necessidade de leis para facilitar o reconhecimento identitário desses grupos, bem como a análise de julgados dos tribunais brasileiros, que já reconheceram a condição de entidade familiar a união homossexual e assim, viabilizam a constituição de prole através da adoção, ainda que tais procedimento não tenham ocorrido de forma conjunta.

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 1224-1225.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAS HOMOSSEXUAIS: UM CASO DE JUSTIÇA

O presente capítulo tem por objetivo abordar a adoção por homossexuais como forma de efetivação do princípio da igualdade sob a ótica constitucional da proibição da discriminação em razão do sexo, bem como da proibição de tratamento diferencial e de forma arbitrária, apresentando-se, ao final deste capítulo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a interpretação do artigo 1.723²⁸³ do Código Civil de conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Esse recorte se faz necessário posto que a questão pertinente à proposta da pesquisa é a demonstração que a habilitação e a adoção conjunta do casal homossexual é viável, vez que não existe proibição legal para tanto, assim como, a via tangencial adotada na atualidade, qual seja, a adoção individual, traz prejuízo para a pessoa do adotado, contrariando as disposições legais que baseiam a adoção na demonstração do real interesse e benefício do mesmo.

Sendo assim, será abordada, especificamente, a legislação brasileira pertinente a adoção que, na atualidade vem representada pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009²⁸⁴) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA²⁸⁵), que passou a ser, a partir da entrada em vigor da referida lei, o único instrumento a regulamentar o processo de adoção, vez que as disposições do Código Civil de 2003 restaram revogadas, e inclusive a adoção de maiores de 18 anos passou a ser regulamentada pelo ECA.

No mesmo sentido, será tratado do princípio constitucional da igualdade, fazendo-se a distinção entre a igualdade formal e material, respectivamente tratadas, atendo-se ao tratamento diferenciado aos diferentes, desde que tal distinção não seja efetivada de forma arbitrária, precedendo assim da devida fundamentação.

²⁸³ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL. Código Civil Brasileiro / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.369.)

²⁸⁴ BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012. Com a entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção, restaram revogados os artigos 1620 até 1629 do Código Civil, recebendo nova redação os artigos 1618 e 1619 e ainda o 1734, e com diversas modificações aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁸⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. (BRASIL. Código Civil Brasileiro / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1084.)

O princípio da igualdade, em relação ao tratamento dispensado aos homossexuais, é abordado tanto pela ótica da igualdade formal, ou seja, pela proibição expressa, da Constituição Federal de 1988, de tratamento discriminatório em razão do sexo, como pela via da igualdade material ou isonomia, podendo-se promover legislações e políticas públicas que promovam a efetivação do direito da antidiscriminação, também a partir do respeito efetivo e do reconhecimento adequado da diferença.

Ao finalizar, se fará uma breve análise do voto do relator Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, julgada em 5 de maio de 2011²⁸⁶, que conferiu interpretação extensiva ao artigo 1.723 do Código Civil, albergando no conceito de união estável a união de pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, as seções que seguem tratarão especificamente sobre, a legislação brasileira sobre a adoção, o princípio da igualdade diante da adoção por casais homossexuais e os efeitos jurídicos e sociais de posicionamentos inovadores do poder judiciário diante da adoção conjunta por casais homossexuais.

3.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto reconhecido desde antes do direito Romano, contudo sofreu diversas modificações no decorrer de sua história, transformando inclusive o objeto de sua proteção que, a princípio referia-se a continuidade do nome e do patrimônio da família, garantida aos que não podiam ter filhos biológicos e, na atualidade passou a ser a proteção das crianças e dos adolescentes, a partir do princípio da sua garantia integral, proclamando, tanto ela Constituição Federal²⁸⁷, quanto pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)²⁸⁸, assim

²⁸⁶ Segue, em anexo.

²⁸⁷ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

²⁸⁸ Dos artigos 39 até o 52. BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**, e dá outras providências. (BRASIL. **Código civil brasileiro**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1089-1095.).

como pelo Código Civil²⁸⁹ e pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009²⁹⁰).

Porém, antes de adentrar especificamente no aprofundamento do estudo que se propõe esta seção, ressalta-se que o mesmo destinar-se-á a tratar da adoção no âmbito nacional, não analisando as questões da adoção internacional, da mesma forma que deixará de ser observada a questão da colocação da criança e do adolescente na família extensa, a qual tem prioridade sobre a família substituta, sendo que este tipo de adoção será contemplada apenas em casos excepcionais. Assim, no presente estudo, a abordagem do instituto jurídico da adoção tem como objetivo central justificar a habilitação conjunta do casal homossexual na adoção, sendo que, para tanto, não se aterá a analisar o instituto de forma detalhada.

Diante do exposto, a presente seção tem por escopo analisar a evolução do instituto da adoção, fazendo breves referências aos instrumentos legislativos brasileiros que tratam da mesma, partindo do Código Civil de 1916, o qual, no capítulo destinado à família faz menção aos filhos adotivos, todavia, visando, a exemplo do direito Romano, garantir prole a casais, unidos pelo matrimônio, quando estes não tivessem possibilidade de constituir família de forma biológica, até atingir a legislação atual, garantida pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009) que, baseada na proteção integral da criança e do adolescente, visa atender o interesse desses sujeitos.

Após o breve referencial histórico traçado, serão analisados os principais requisitos para o deferimento da adoção nacional, envolvendo a condição do adotante e do adotado, bem como os efeitos legais da consolidação do vínculo familiar, a habilitação para o processo de adoção e a legitimidade para conhecer e julgar os casos pleiteados de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas.

A partir de tal análise será trazido, pelo escopo do trabalho, a abordagem específica sobre a adoção por casais homossexuais, salientando-se para tanto, que o objetivo é trazer ao debate a possibilidade de habilitação conjunta por casais homossexuais no processo de

²⁸⁹ Nos artigos 1.618 e 1.619. (BRASIL. **Código civil brasileiro**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.).

²⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012. Com a entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção, restaram revogados os artigos 1620 até 1629 do Código Civil, recebendo nova redação os artigos 1618 e 1619 e ainda o 1734, e com diversas modificações aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente.

adoção, posto que, a adoção conjunta é possibilitada a quem comprovar ter uma entidade familiar sendo que os homossexuais, ainda que unidos em laços afetivos e sexuais, não são albergados em tal conceito. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha apresentado o posicionamento de albergar no conceito de união estável a união homossexual conforme adiante se analisará.

Ao final da seção, será abordado o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e sua efetivação a partir do deferimento da adoção aos casais homossexuais, como forma de garantir a não discriminação por orientação sexual, protegendo, assim, a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar do instituto jurídico da adoção, adota-se, nesta pesquisa, como conceito, sem a exclusão de definições postas por outros autores, o proclamado por Diniz, que traz para o corpo do mesmo uma compilação extensa, e de abrangência conceitual considerada mais próxima ao objetivo deste trabalho:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo ficto de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. [...]. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.²⁹¹

Como se denota do conceito apresentado por Diniz, a adoção é o ato pelo qual o Estado permite a criação de vínculos que somente poderia se originado de forma biológica, salvo técnicas de reprodução assistida, e avanços científicos, ou seja, os filhos e filhas são tidos como uma consequência natural do desejo do casal, contudo, em não havendo o desejo de gestar uma criança ou as condições biológicas da procriação natural, o casal ou um sujeito, podem escolher a adoção, criando com o adotado uma relação de filiação, que ocorre em igualdade de condições a filiação biológica. Por essa razão, este vínculo é também denominado de vínculo fictício, por não atender as condições tidas como naturais de formação de uma família.

Essa percepção de reprodução de uma situação que, a *priori*, deveria ser biológica é um dos principais fundamentos que, em outras épocas, auferiu à adoção a condição “de

²⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de família. v. 5, 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 483-484.

segunda classe de filiação”, no sentido de garantir aos casais “incapazes” de ter filhos por meios biológicos a possibilidade de dar continuidade a família através de um sujeito tido como estranho, que ocuparia o lugar que o filho ou filha biológico deixou de ocupar.

Essa percepção da possibilidade de continuação da família é demonstrada por Gonçalves, ao se referir aos antecedentes históricos da adoção, afirmando que sua origem remota, refere-se a necessidade de procriação como um ato de manutenção da descendência das famílias:

Aquele cuja família se extingue não terá quem lhe cultue a memória e a de seus ancestrais. Assim, a mesma religião que obrigava o homem e casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns, a mesma religião que impunha o divórcio em caso de esterilidade e que subtraía o marido impotente, no leito conjugal, por seu parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio da adoção, um último recurso para evitar a degradação tão temida da extinção pela morte sem descendentes: esse recurso era o direito de adotar.²⁹²

Segundo relatos históricos, a adoção já era prevista pelo Código de Hamurabi e no Código de Manú, tendo relevância igualmente na Grécia. Contudo, é em Roma que a previsão da adoção atingiu seu ápice de importância, visando a percepção da continuidade da família. Na Idade Média, com a imposição do casamento com fins reprodutivos e a sacralização do matrimônio pela Igreja Católica, a adoção caiu no esquecimento, sendo retomada apenas em 1802 pelo Código de Napoleão, a partir de onde se espalhou por inúmeros países, os quais passaram a legislar sobre o assunto.²⁹³

A princípio, no Brasil, o Código Civil de 1916, primeiro instrumento legislativo do país a tratar do assunto, reproduz a concepção romana de adoção, visando o benefício e proteção dos pais em vista de continuarem sua família. Diante de tal orientação, as disposições determinavam que somente casais com maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, poderiam adotar.²⁹⁴ A questão da idade imposta para a adoção, justificava-se em razão de que, a essa altura da vida, o casal não teria mais condições biológicas de gerar a prole de maneira biológica.

²⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 364.

²⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, loc. cit.

²⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 365.

Vale lembrar que, a possibilidade de adoção, na concepção acima apresentada, era permitida apenas a casais unidos pelo casamento, não se concebendo tal possibilidade fora de tal relação, como ocorre na atualidade onde a adoção conjunta pode ser deferida tanto a casais como a conviventes, da mesma forma que se viabiliza a adoção individual, independentemente de uma relação de convivência, desde que, em qualquer caso demonstrem os interessados as condições “morais”, emocionais e financeiras de desenvolverem e manterem sua prole.

Tal disposição que visava manter a adoção dentro dos laços matrimoniais, durou até 1957, quando a partir de uma concepção mais humanista em relação a criança e aos próprios pais, foi promulgada a Lei nº 3.133/1957²⁹⁵, a qual determinava que a partir de então, a adoção poderia ser buscada por pessoas maiores de 30 anos, e não mais por casais com no mínimo 50 anos, sendo que agora o casal podia ou não ter filhos legítimos ou legitimados, sem contudo, garantir igualdade de condições entre os filhos biológicos e adotados, posto que aos filhos e filhas adotados era suprimido o direito hereditário, já que não herdavam os bens dos adotantes, conforme dispunha o artigo 377²⁹⁶ do Código Civil de 1916²⁹⁷.

Vale referir que as distinções entre filhos biológicos e legítimos, oriundo do casamento, filhos adulterinos ou incestuosos, oriundo das relações carnais distintas do casamento, e filhos adotivos, somente deixaram de existir com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vez que até a entrada em vigor da Constituição Cidadã, não havia igualdade entre os filhos, sendo a distinção baseada na origem da filiação, seja do casamento, do concubinato ou da adoção.²⁹⁸

Posterior ao Código Civil de 1916, é promulgada a Lei nº 4.655, de 1965 que introduz a “legitimação adotiva”. Esta lei visava a proteção dos menores abandonados, os quais uma vez adotados, estabeleciam um vínculo familiar equivalente a filiação biológica, adquirindo inclusive o direito sucessório, sendo que, com sentença judicial, era possível registrar na certidão de nascimento a condição de filho ou filha, sem estabelecer a origem, rompendo,

²⁹⁵ BRASIL. Lei nº 3.133 de 9 de maio de 1958. Dispõe sobre: atualiza o instituto da adoção prescrita pelo Código Civil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/anterior-a-1960#content>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

²⁹⁶ “Art. 377. A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido momento da adoção”. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.).

²⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 364.

²⁹⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 5, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 162.

desta forma, o vínculo do adotado com a família biológica. Associado a tal disposto, em 1979 é criado o Código de Menores²⁹⁹, destinado a tratar da situação do menor em situação irregular, o qual revogou a “legitimação adotiva” e criou a “adoção plena”, modelo que passou a vigorar ao lado da “adoção simples”, prevista pelo Código Civil de 1916, alterado pela Lei nº 3.133/1957.³⁰⁰

A distinção entre a adoção plena e adoção simples, acima mencionadas, é que a primeira destinava-se, exclusivamente, aos menores em situação irregular, ou seja, crianças abandonadas ou órfãs, sendo que todas as demais adoções obedeciam às normas do Código Civil de 1916, o qual impedia a formação do vínculo pleno, em razão das disposições do artigo 377³⁰¹ do diploma citado, associado ao fato de essa modalidade de adoção não romper o vínculo com a família biológica, da mesma forma, que por seu caráter contratual, poderia ser revogada pelas partes.

A adoção plena era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passa a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Essa modalidade tinha por fim: atender o desejo que um casal tinha de trazer ao seio da família um menor, que se encontrasse em determinada situação estabelecida em lei, como filho e proteger a infância desvalida, possibilitando que o menor abandonado ou órfãos tivessem uma família organizada e estável. Assim, a criança até 12 anos e o adolescente entre 12 e 18 anos de idade tinham o direito de ser criados e educados no seio da família substituta, assegurando assim a convivência família e comunitária.³⁰²

O próximo regulamento a estabelecer regras em relação a adoção é a Lei nº 8069/1990³⁰³ que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Este acabou trazendo significativas modificações, não só para a adoção, mas principalmente para toda a situação da

²⁹⁹ BRASIL. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Dispõe sobre: institui o Código de Menores. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/ anterior-a-1960#content>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 364.

³⁰¹ “Art. 377. A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido momento da adoção”. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.).

³⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5, 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 485.

³⁰³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. (BRASIL. **Código civil brasileiro**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1084.).

criança e do adolescente, seja em relação à família, a sociedade e ao Estado³⁰⁴, posto que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, determinou a igualdade entre todos os filhos e filhas³⁰⁵, transformando o vínculo de filiação em irrevogável, assim como fundamentando a situação das crianças e dos adolescentes a partir do princípio de sua proteção integral, o que acabou por revogar, tacitamente, as disposições do artigo 377³⁰⁶ do Código Civil de 1916 posto que passou a estar em desconformidade com os ditames constitucionais. Contudo, o instituto da adoção, previsto pelo instrumento civil de 1916, e que não feriu os ditames Constitucionais de 1988, permaneceu existindo.³⁰⁷

Após a Lei nº 8069/1990, acima mencionada, entrou em vigor a Lei nº 10.406/2002³⁰⁸, a qual criou o Código Civil, tendo este sido proclamado dentro dos moldes constitucionais. Isso significa afirma que o novo Código Civil permeou os dispositivos relacionados à adoção ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Atualmente, a Lei que regulamenta a adoção é a Lei nº 12.010/2009³⁰⁹, denominada de “Lei Nacional de Adoção”, que em seus sete artigos determinam as condições para a adoção, e concede nova redação a uma série de artigos do ECA, modificando sensivelmente as condições de requerimento e deferimento da mesma³¹⁰, da mesma forma que revogou artigos do Código Civil de 2002 que referiam-se a adoção, mantendo, portanto, apenas os artigos 1618³¹¹ e 1619³¹², com nova redação.

³⁰⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 5, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163.

³⁰⁵ “Art. 227. [...] § 6º Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designação discriminatória relativa à filiação”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

³⁰⁶ “Art. 377. A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido momento da adoção”. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.).

³⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5, 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 485.

³⁰⁸ BRASIL. Lei nº 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre: institui o Código Civil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/ anterior-a-1960#content>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁰⁹ BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

³¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 368.

³¹¹ “Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009.). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.

Até a entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção, restava estabelecido que o ECA regulamentaria a adoção de crianças e adolescente até 18 anos, sendo que o Código Civil destinava-se a resguardar o procedimento a ser utilizado quando a adoção fosse de pessoas maiores de 18 anos. Com a revogação dos artigos supra referidos, a adoção passou a ser regulamentada, em sua integralidade, pela Lei Nacional de Adoção e pelo ECA, posto que o Código Civil de 2002 restringiu-se a afirmar que a adoção de crianças e adolescentes será processada na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente conforme artigo 1618 e que a adoção de maiores de 18 anos será acompanhada pelo Poder Judiciário, através de sentença constitutiva, obedecendo, no que couber, os ditames da Estatuto da Criança e do Adolescente conforme artigo 1619.

A Lei Nacional de Adoção determina a criação uma cadastro nacional de crianças para adoção com a intenção de diminuir ao máximo o limite de abrigamento, ou seja, colocação de criança e adolescente em abrigos fiscalizados pelo Estado destinados a cuidarem e manterem esse sujeito no período em que não podem permanecer no convívio familiar, que passou a ser de, no máximo 2 anos, sendo que com a nova redação dada ao artigo 19³¹³ do ECA ficam determinadas reavaliações a cada seis meses, das crianças abrigadas, ou em acolhimento familiar. Da mesma forma, fica determinada, pela Lei em questão, a idade mínima de 18 anos, para o adotante.³¹⁴

Embora a Lei Nacional de Adoção seja de 2009, esta não logrou êxito em determinar a possibilidade de adoção para casais homossexuais, vez que determinou apenas que a adoção conjunta somente seja deferida a casais casados ou em união estável. Esta alteração tem sido alvo de críticas, uma vez que a fundamentação para tal disposição é a determinação expressa constitucional de que a família é constituída pelo casamento, o qual exige diversidade de sexo ou pela união estável a qual igualmente, só é reconhecida entre home e mulher.

Contudo, a fim de efetivamente garantir a proteção da criança e do adolescente colocados em processos de adoção, assim como, no caminho de garantir o maior interesse do

³¹² “Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009.). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³¹³ “Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 372.

adotado, a Lei Nacional de Adoção criou alguns procedimentos que acabam por contrariar a motivação de celeridade proclamada, em relação a colocação da criança e do adolescente em lar substituto.³¹⁵ Nesse sentido, criou-se a obrigatoriedade de processo judicial para a habilitação do adotante, o qual deve promover ação judicial para se habilitar a fila de adoção, enquanto que antes, a habilitação era feita de forma administrativa, permanecendo, assim, os interessados, em uma fila de espera até que fosse encontrada uma criança, momento a partir do qual, em caso de haver interesse dos adotantes e garantia dos interesses do adotado era iniciado o processo de adoção.³¹⁶ Contudo com a entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção são necessários dois processos, o primeiro para habilitar os interessados na adoção e o segundo, após o encontro da respectiva criança ou adolescente, que visa regularizar a adoção e conferir a condição de filho ao adotado.

No contexto atual da legislação de adoção, não é mais possível dispensar o estágio de convivência, salvo se a criança e o adolescente já estiverem na guarda dos pretensos adotantes. Contudo, essa guarda deve ter sido deferida judicialmente, posto que a guarda fática não autoriza a dispensa do estágio de convivência.

Como a Lei Nacional de Adoção não determina o processo da ação de adoção, esse processo continua sendo regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que em relação à competência legítima de conhecer, julgar e processar as ações de adoção tanto de crianças e de adolescentes quanto de maiores de 18 anos, situação que antes da Lei Nacional de Adoção é reservada as varas de família, agora é competência do Juizado da Infância e da Juventude.

Com relação à capacidade para adotar, dispõe o ECA, que podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil. Assim, não existe nenhuma distinção em relação a sexo, idade, nacionalidade ou condição social para fins de requer a adoção e ter a mesma deferida. Porém, a ressalva que se estabelece é em relação às condições “morais”, materiais e emocionas do adotante, o qual deve ter condições de desempenhar os papéis de pai e/ou mãe, em condições equilibradas e propícias para o pleno e saudável desenvolvimento da criança e do adolescente.

³¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 370.

³¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, loc. cit.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nessa linha, não permite seja deferida a colocação em família substituta “a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado” (art. 29). O aludido diploma não tolera sequer seja deferida a inscrição como interessada na adoção, no Registro a ser mantido em cada comarca ou foro regional, a pessoa que não satisfizer os requisitos legais, ou se verificada qualquer das hipóteses previstas no mencionado artigo 29. E o § 2º do art. 42, por sua vez, exige, na adoção por ambos os cônjuges ou companheiros, a comprovação da “estabilidade da família”.³¹⁷

Com relação a adoção conjunta, assunto de relevância significativa para o presente trabalho no que se refere a possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais, tem-se que, de conformidade com as disposições estatutárias, podem adotar os cônjuges e companheiros, ressaltando que o ECA faz uma aplicação restritiva das disposições constitucionais referentes a família, ao restringir a adoção conjunta a casais, unidos tanto pelo matrimônio como pela convivência estável, contudo com diversidade de sexos, ou seja homem e mulher, o que exclui de tal compreensão a união homossexual.

O § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente exige, para a adoção conjunta, que os adotantes “sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar”, não admitindo, por exemplo, que irmãos adotem conjuntamente. Acresce o § 4º que “os divorciados, ou judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculo de afinidade e afetividade com aquele que não denotar da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão”.³¹⁸

Contudo, como se verifica, a questão central do deferimento da adoção conjunta, em relação aos adotantes, está embasada na estabilidade família, estabilidade esta, que se observa pela relevância do afeto e da afinidade tanto entre o casal, quanto ao adotado, exigência essa que vai de encontro ao modelo da família contemporânea visto no Capítulo 2 da presente dissertação, que tem como principal vínculo de união a afetividade, desenvolvida entre os integrantes da família. Assim, se a família contemporânea tem por principal pilar de sustentação a vontade de permanecer unida, nada mais justificável que, na adoção, o principal elemento seja o carinho e afeição que unem os adotantes ao adotado.

³¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 371-372.

³¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

Ainda com relação a adoção, é permitido que o companheiro ou companheira possam adotar os filhos de seu convivente, ou seja, em caso de um dos conviventes já ter filhos, o outro poderá adotar, desde que não exista, ou haja o rompimento do vínculo com o genitor, cujo papel passará a ser exercido pelo adotante. Nesse sentido, Gonçalves ressalta as disposições afirmadas pelo artigo 41, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O § 1º do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da situação bastante comum do cônjuge ou companheiro que traz para anova união familiar filho havido em outro relacionamento. Dispõe o aludido dispositivo: “Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantém-se o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes” (onde esta escrito “concubino” ou “concubinos” deve-se ler “companheiro” ou “companheiros”) trata-se de espécie conhecida como “adoção unilateral” em que o cônjuge ou companheiro do adotante não perde o poder familiar exercendo em conformidade com o art. 1.631 do Código Civil.³¹⁹

Ressalta-se que, a modalidade acima é a única onde o adotado não rompe o vínculo com a família anterior, posto que em todos os demais casos, há o desligamento do adotado com a família biológica, passando a estabelecer vínculos familiares apenas com a nova família, desde que isso apresente reais vantagens a criança e ou adolescente, no processo de adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente permite tanto a adoção individual, ou seja, de apenas uma pessoa, seja ela homem ou mulher, ainda que sem companheiro ou cônjuge, da mesma forma que permite a adoção conjunta.³²⁰ Contudo, em relação a adoção conjunta, é indispensável a comprovação da configuração da entidade familiar.

Como se denota, a partir da análise até então auferida sobre a questão da adoção regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção as disposições constitucionais de proteção integral ao sujeito em desenvolvimento, entendendo-se desta forma a criança e o adolescente, associadas às modificações introduzidas pela Lei Nacional de Adoção, tem-se resumidamente, que são requisitos para o deferimento da mesma: a) Que o adotante tenha no mínimo 18 anos; b) que exista uma diferença de 16 anos, no mínimo, entre o adotante e o adotado; c) que haja o consentimento dos representantes legais ou dos pais do

³¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 380.

³²⁰ “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)”. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 8 ago. 2012.

adotado para a viabilização da adoção, ou seja, os pais biológicos do adotado devem concordar com a adoção ou terem sido destituídos do poder familiar, para configurar que essa criança ou adolescente pode ser enviado para colocação em família substituta; d) Quando os pais, ou um dos pais biológicos do adotado tiverem mais de 12 anos e menos de 18 anos, além do consentimento de seu representante legal é indispensável a manifestação pessoal deste sujeito a fim de viabilizar a colocação da criança e do adolescente em família substituta; e) que haja o devido processo legal tanto para a habilitação quanto para a adoção, após o respectivo período de convivência; f) que reste comprova as reais vantagens para a pessoa do adotado.

Ainda, pode-se afirmar que, de conformidade com as lições de Diniz, a adoção gera como efeito, o vínculo indissolúvel e irrevogável de parentesco³²¹, situação da qual decorrem todos os demais efeitos da relação de filiação, quais sejam, o exercício do poder família por parte dos adotantes, e a transmissão do nome, o dever de alimentos e o direito sucessório.

Essa é a principal característica da adoção, nos termos em que se encontra estruturada dentro do novo Código Civil. Ela promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres do consanguíneo, inclusive sucessório, desligando-o, definitiva e irrevogavelmente, da família de sangue, [...].³²²

Como se verifica, a adoção reproduz a mesma condição da filiação biológica, sendo a adoção, desde forma, a exemplo das primeiras palavras de Diniz, uma ficção jurídica. Nesse sentido, é fundamental esclarecer os motivos que impedem de ser reconhecido ao casal homossexual o direito de se habilitarem, conjuntamente, para o processo de adoção.

Nos moldes do artigo 42, § 2º do ECA, “Para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham uma união estável, comprovada a estabilidade da família”. O assunto tratado pelo artigo, restringe a habilitação conjunta para a adoção pelos pares homossexuais, que acabam por utilizarem, como meio de adoção, a habilitação individual, a qual possibilita que apenas um dos companheiros, da união homossexual, se habilite a adoção de forma individual, sendo que o outro apenas figura como pai ou mãe de fato e não de direito, sem haver formalização de tal situação.

³²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5, 22. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 493.

³²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386.

Nessa linha de raciocínio, imperioso se faz mencionar, igualmente as disposições do artigo 226, §§ 1º, 3º e 4º da Constituição Federal de 1988³²³, os quais determinam que o conceito de família albergue, em específico, a união através do casamento, na qual só é permitida, em havendo diversidade de sexo entre os nubentes, da mesma forma que é abrangido pelo conceito de entidade familiar a união estável, igualmente existente apenas entre homem e mulher e, ainda, como entidade familiar, entende-se a família monoparental, ou seja, a formada pro qualquer um dos genitores e sua prole.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, ao fazer referência ao conceito de entidade familiar, não excluiu qualquer outra formatação de família, ou seja, o diploma constitucional não atua de forma excludente a determinar, expressamente, que entidade familiar é somente a formada por diversidade de sexos, ou que isso seja um requisito indispensável à formação da família. Muito pelo contrário. A mesma tem por base principiológica, o disposto em seu artigo 1º referente a *dignidade da pessoa humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito³²⁴ incluindo para isso a dignidade dos casais homossexuais em poderem adotar e ainda, no artigo 3º, IV como objetivos fundamentais da República brasileira “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outra forma de discriminação”.³²⁵

Da associação de todos os dispositivos mencionados, e atendendo as orientações de Canotilho abordadas no Capítulo 2, sobre o princípio envolvendo a interpretação conforme a constituição e o princípio integrador da hermenêutica constitucional, tem-se que a união homossexual constitui sim uma entidade familiar, e que, o ECA, ao dispor sobre quem poderia adotar conjuntamente, o fez no sentido de garantir que a entidade familiar, compreendida pelo casamento e pela união estável, podem requer a adoção conjuntamente. Contudo, se a união homossexual é entendida como entidade familiar, como já é o

³²³ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

³²⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

³²⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

entendimento do STF, o referido artigo deve contemplar igualmente a habilitação conjunta por casais homossexuais para fins de adoção.³²⁶

Ao fazer uma digressão sobre o assunto, Diniz afirma que a maior de todas as discriminações praticadas em relação aos homossexuais é refere-se ao fato de lhes negar a constituição de prole, seja por adoção ou por meios artificiais, posto que tal impedimento fere o que o ser humano tem de mais precioso, que são seus sonhos e seus projetos de vida.³²⁷ Desta forma, ao negar aos homossexuais a adoção, nega-lhes igualmente direito garantido de viver suas vidas de acordo com suas concepções destinadas a lhes conferir dignidade, ferindo, portanto, o disposto no Artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, anteriormente mencionado.

De conformidade com a mesma autora, em não havendo impedimentos expressos em qualquer um dos instrumentos legislativos que tratam da adoção, as disposições do ECA determinam que a adoção será deferida sempre em atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente, deverá ser interpretado de forma extensiva aos casais homossexuais que desejarem adotar de forma conjunta.

Na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio insculpido no art. 43 do ECA: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legais”. Diante de tal preocupação do legislador com o bem-estar do infante, nenhum motivo legítimo existe para deixar a criança fora de um lar. Vivendo os parceiros – ainda que do meso sexo – uma união verdadeira, é legítimo o interesse na adoção, não se podendo deixar de ver a existência das reais vantagens ao menor.³²⁸

Esse vem a ser o sentido da adoção, promovido pela Constituição Federal de 1988, ao garantir a proteção integral a criança e ao adolescente. Uma vez que a adoção possui um caráter fictício à prole, promovendo os mesmo resultados da filiação natural e biológica, é irrelevante a orientação sexual dos adotantes, posto que, de qualquer forma, se esse vínculo

³²⁶ Embora diversos países do mundo já reconheçam a união ou o casamento de pessoas do mesmo sexo, apenas em pouquíssimos é permitida a adoção conforme, refere Dias: “[...] em raros países do mundo é admitida a adoção. O primeiro país a quebrar tal resistência foi a Holanda. Nos demais países que admitem o casamento de homossexuais, Bélgica, Espanha e Canadá, não existe restrição à adoção. De um modo geral, onde há o reconhecimento de união civil, pacto de solidariedade ou sociedade de fato, é vedado o direito de adotar”. (DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.).

³²⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

³²⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.

não é capaz de promover, de qualquer forma, filhos biológicos. Independente da orientação do desejo sexual do casal, ao adotado e aos adotantes, será garantida a constituição de uma família completa, formada por pais e ou mães, filhos e ou filhas, nos moldes de formatação contemporânea de família, baseada na diversidade e no afeto.

Conforme Dias, as manifestações de que a adoção por pares ou sujeitos homossexuais prejudicaria o desenvolvimento pleno das crianças e adolescente, não encontra substrato científico capaz de sustentar tal tese:

Estudos datados de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas no desenvolvimento dos papéis maternos quanto as heterossexuais. Por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com a figura masculina com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que seus filhos se tornem homossexuais, não havendo sido encontrado evidências de investidas incestuosas contra os filhos. Igualmente não foram encontradas diferenças na identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole.³²⁹

Diante de tal passagem, verifica-se, efetivamente que qualquer distinção feita em relação a adoção por pares homossexuais, decorre exclusivamente do preconceito e da discriminação em relação a orientação sexual diferenciada. Este tema encontra-se embasado teoricamente, principalmente no capítulo 1 desta dissertação, quando trabalhada a questão envolvendo a construção das identidades e o reconhecimento das mesmas. Portanto, posto que se efetivamente for levado em consideração, no ato de adoção, a proteção integral da criança e do adolescente, assim como o atendimento de seu real interesse, a adoção aos pares homossexuais deverá ser deferida conjuntamente, como forma de garantir, igualmente, a celeridade da colocação do infante na família substituta e a garantia de seu direito alimentar e sucessório.

Diante da impossibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais, Dias, argumenta, afirmando que esta situação acaba por gerar prejuízo a criança e ao adolescente adotados individualmente por um único convivente homossexual. O qual oculta sua orientação sexual e o seu convivente para fins de pleitear e obter a adoção de uma criança, a qual é levada para a casa do adotante onde passará a conviver com seu companheiro ou companheira, havendo entre laços de afeto. A criança adotada passa a reconhecer como pais

³²⁹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 114.

ou mães ambos os conviventes e cria laços familiares verdadeiros, embora em sua certidão de nascimento conste somente um ou uma como seu pai ou mãe, ocasionando, muitas vezes o não entendimento da criança diante do fato de ter só um pai ou só uma mãe em detrimento do outro. Outra situação que gera problemas para o adotante ocorre diante de separação ou de falecimento do convivente não adotante. Nesse caso, o adotado deixa de ter seu direito de alimento e visitação garantidos, no caso da separação, ou então, no caso de falecimento de um dos pais ou mães, não lhe é garantido o direito sucessório.³³⁰

Ora, se a adoção não fosse um processo tão delicado em relação aos pares homossexuais, já no momento da habilitação individual do pai ou mãe homossexual, poderia ocorrer a habilitação conjunta de ambos e, assim, a criança teria realmente efetivado o seu melhor interesse.

Contudo, existem também os casos em que os casais homossexuais preferem a adoção individual, principalmente diante do preconceito que ainda permeia a sociedade em relação da homossexualidade. Assim, os adotantes, muitas vezes se sentem retraídos de buscarem conjuntamente a adoção, e acabam utilizando a via tangencial, permitida por lei, ou seja, a adoção individual e, com isso acabam por prejudicando o direito da criança em ter seu melhor interesse resguardado. Diante do fato mencionado, Sapko contribui com o seguinte posicionamento:

Essa nova dificuldade, todavia, não se transformará em obstáculo intransponível as adoções por homoafetivos. Primeiro por que a lei não pode ser interpretada sem a imprescindível filtragem constitucional, que continua vedando discriminação de qualquer natureza e prestigiando princípios como o do respeito a dignidade humana e o pluralismo. E, segundo, pro que o interprete não pode se deixar levar por prejuízos inautênticos de um senso comum já superado pelo desenvolvimento científico, incumbindo a ele - e a cada uma de nós - na terminologia de Boaventura de Sousa Santos, levar a efeito a segunda ruptura epistemologia, transformando esse conhecimento científico em um novo senso comum, dando a nova lei uma interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais e com a realidade social e científica atual.³³¹

A afirmação de que a adoção por pares homossexuais deve ser deferida em razão de contemplar o melhor interesse da criança, da mesma forma que efetivar o princípio da igualdade, que não permite qualquer tipo de discriminação em razão da orientação sexual, é

³³⁰ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111.

³³¹ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e a maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 116.

contestada por alguns autores que entendem ter nesta relação um conflito de princípios. Porém, Rios, em sua contribuição, abaixo, procura dissolver tais supostos conflitos:

Ora, a solução desta situação deve observar a ponderação dos princípios em causa. Nesses domínios, a formulação de uma solução requer, além da indispensável consideração do caso concreto, também o adequado dimensionamento do conteúdo dos princípios jurídicos em questão. Esta tarefa, que envolve a concretização dos princípios jurídicos, exige do interprete a explicitação dos significados veiculados pelos princípios, ponto de partida para a aferição da compatibilidade ou incompatibilidade presente.³³²

Para que se possa dimensionar, no caso concreto, se efetivamente o atendimento ao princípio da igualdade atinge o atendimento ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, a partir de uma percepção de proporcionalidade, se faz necessária a análise das questões jurídicas, sociais, históricas e culturais que envolvem o reconhecimento dos homossexuais, como já visto nos capítulos anteriores.

Contudo, tem-se que, atualmente já restou comprovado que a homossexualidade não constitui nem um desvio de caráter, nem uma doença e, muito menos uma perturbação em relação a orientação sexual dos sujeitos. Rios, ao fazer referência a questão psicológica, médica e sociológica, em relação aos homossexuais, acabam por concluir que,

Exposto o debate atual do estágio científico a respeito da homossexualidade, não há com o justificar vedação, a princípio, da adoção de crianças por homossexuais. Isto por que, enquanto modalidade de orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma “regra geral” impeditiva da adoção.

Neste momento, gize-se que a ausência de fundamentação racional não pode ser substituída, numa sociedade democrática e plural, pelo subjetivismo de quem quer que seja, juiz, assistente social, médico ou psicólogo, dentre outros. Isto seria destruir a democracia, anular as diferenças individuais, e instituir o arbítrio de uns (mesmo que eventualmente majoritários) em face dos demais.³³³

Diante de toda a análise traçada a respeito dos requisitos e das condições da adoção, e de acordo com as considerações dos autores acima citados, tem-se que o deferimento da adoção a casais homossexuais é uma imposição social e legal, visto que, tanto a sociedade que

³³² RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 132.

³³³ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 139.

se constrói e se reconhece de forma plural, como a legislação que deve ser interpretada de conformidade com a Constituição Federal de 1988, obrigam o deferimento do reconhecimento da união homossexual com a entidade familiar e, daí a outorga de todos os direitos oriundos deste reconhecimento, inclusive a habilitação conjunta ao processo de adoção, estendendo seus efeitos para o Poder Judiciário e para o próprio legislador.

Ao finalizar a presente seção, vale ressaltar que, através de uma interpretação da legislação e da própria Constituição Federal, no que se refere a possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais a partir do princípio hermenêutica da interpretação conforme a constituição e do princípio integrador, ambos buscando agregar todo o ordenamento jurídico, a partir o ideário constitucional, é possível afirmar a validade jurídica da união homossexual, bem como da adoção conjunta por casais homossexuais.

Seguindo a argumentação para comprovar a possibilidade de adoção por casais homossexuais, a próxima seção irá abordar o princípio da igualdade, como um indicativo de que o ordenamento jurídico, bem como os poderes constituídos devam garantir uma igualdade formal para os casais homossexuais a fim de que os mesmos possam constituir família e prole.

Nesse sentido a seção que segue abordará o princípio da igualdade tanto de sua percepção material quanto formal, fazendo especial análise aos artigos 3º e 5º da Constituição Federal que garante a não discriminação por orientação sexual da mesma forma que a igualdade de todos os brasileiros e os estrangeiros em solo nacional.

3.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

A seção que se inicia visa tratar da igualdade como princípio constitucional garantidor de tratamento não discriminatório em relação aos pares homossexuais, no sentido de viabilizar a esses, assim como já ocorre com aos casais heterossexuais, a proteção estatal em relação à família, nos moldes proclamados pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.³³⁴

Para que se possa concluir pela previsão legal e constitucional do tratamento isonômico, seja na esfera do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Poder Executivo e na reprodução do comportamento social, é importante realizar uma digressão a respeito da esfera formal e material da igualdade, posto que, conforme a igualdade implica não somente tratar a todos igualmente na forma da lei, mas também garantir aos que necessitem de um tratamento diferenciado, a diferenciação a fim de efetivamente produzir igualdade.

Nesse sentido, com o intuito de justificar, juridicamente o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, será realizada uma breve abordagem a partir da principiologia constitucional, a qual motivou a criação do Brasil como um Estado Democrático e que preza pelos objetivos expostos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 (entre eles a não discriminação sexual), bem como preza pelos Princípios da Igualdade Material (também conhecido como Isonomia) e da Igualdade Formal. Neste contexto, pretende-se distinguir os dois últimos princípios mencionados para, então justificar o Princípio da Isonomia como elemento fundamental para a não discriminação de casais homossexuais, em especial no ato de adoção.

Assim, a referida distinção entre igualdade formal e material será abordada diante da percepção da orientação sexual, utilizando-se como fundamentação teórica, as argumentações

³³⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

de Rios.³³⁵ Desta forma, busca-se demonstrar que a proibição expressa da discriminação em relação a orientação sexual prevista na Constituição Federal de 1988, associada a necessidade de justificativa consistente para embasar o tratamento desigual perante a lei, remete ao entendimento que a família homossexual não pode ter tratamento distinto da família heterossexual diante das normas já existente, pois ambas compõe da mesma forma seus núcleos familiares, baseados nos vínculos de afeto e projetos comuns que unem seus pares. Ao mesmo tempo, remete-se ao Estado, através do Princípio da Isonomia, que este crie normas e políticas públicas diferenciadas para fins de favorecer a inclusão desta minoria que encontra-se com direitos de cidadania cerceados.

Então, numa definição preliminar, pois mais adiante o tema será retomado, o princípio da igualdade divide-se, basicamente, em princípio da igualdade formal e princípio da igualdade material, também conhecido como isonomia ou igualdade substancial. De forma bastante concisa, é possível distingui-los afirmando que, enquanto que o princípio da igualdade formal refere-se a igualdade que deve ser observada “perante a lei” já existente, ou seja, todos são iguais perante a lei, remetendo a um tratamento igualitário diante de uma lei já existente, o princípio da igualdade material ou isonomia remete ao entendimento, segundo Aristóteles e Rui Barbosa, de que “[...] a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.³³⁶ Este entendimento do princípio da isonomia remete ao comprometimento do Estado em criar mecanismos diferenciados, como leis e políticas públicas para atingir o princípio da igualdade como um todo.

Diante de tais considerações tem-se que quando a Constituição Federal de 1988 proclamou a igualdade como princípio fundamental de observância geral, ao mesmo tempo em que determinou que, além de ser obrigação do Estado garantir a igualdade perante a lei, ele precisa garantir a igualdade de possibilidades, sendo tudo isso um dever do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Poder Executivo e da sociedade promoverem o tratamento isonômico de todos os cidadãos, posto que, a previsão constitucional garante que ninguém será discriminado em razão do sexo, da idade, da cor, da raça e assim por diante. Esta afirmação foi transformada em norma e faz parte do artigo 3º, inciso IV da Constituição

³³⁵ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001; RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³³⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 875.

Federal de 1988³³⁷ que trata dos objetivos, ou seja, das metas que o Estado deve seguir para que o Brasil seja, de fato, um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a Constituição Federal acima mencionada, obrigou tanto o julgador como o legislador e o administrador do Estado, a produzirem Lei, Políticas Pública para, desta forma promoverem um dos principais princípios fundadores do ordenamento jurídico pátrio: o princípio da igualdade. Diante de tais considerações, Moraes desvenda o real papel dos poderes constituídos a fim de atingir o referido princípio.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamento abusivamente diferenciado a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.³³⁸

Como se verifica a partir da passagem acima, o princípio da igualdade constitui regra de observância geral, sendo exigida a garantir a todos de tratamento isonômico, ou seja, respeitando as diferenças. Nesse sentido, o mesmo autor afirma que para que a diferenciação legislativa não seja encarada como uma disposição discriminatória é indispensável a comprovação de uma “[...] justificativa objetiva e razoável de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos”.³³⁹ Nesse sentido, Moraes explica a função básica e geral do princípio da isonomia que é a limitação que exerce sobre o legislador, o intérprete e/ou autoridade pública e ao particular e nesse ínterim refere expressamente:

O *legislador*, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criam diferenças abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar a lei e os atos normativos ao caso concreto de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias [...].

³³⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

³³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

³³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, loc. cit.

Finalmente o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.³⁴⁰

Como se verifica, a igualdade, como princípio, atua no sentido de pautar a conduta da sociedade e do Estado, no que se refere aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seja na conduta dos indivíduos, enquanto cidadãos do Estado Democrático de Direito, em suas relações públicas e particulares, garantindo a igualdade perante a lei e ações diferenciadas para públicos diferenciados, a fim de garantir, no final, a igualdade para todos e todas.

A abrangência da atuação do princípio da igualdade ocorre em razão das características adotadas pelo sistema constitucional que, transformaram os princípios gerais de direito em princípios constitucionais, impregnados de normatividade e destinados a apresentarem os rumos que a legislação nacional deve seguir. Com relação a normatividade dos princípios, Bonavides faz sua contribuição:

A normatividade dos princípios, afirmada categoricamente e precursoramente, nós vamos encontra-la já nesse excelente e solida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: “Princípio é, com efeito, toda a norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, seja, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.”³⁴¹

O autor refere que a carga de normatividade que confere a constitucionalização do princípio compõe, como o mesmo afirma, a “chave de todo o sistema normativo”³⁴², posto que desta forma, qualquer norma do sistema jurídico vigente deve atender aos ditames da principiológica constitucional a fim de atingir validade plena. Esta base teórica vem ao encontro do que já foi abordado no Capítulo 2, quando se verificava, a partir de Alexy e Canotilho, a importância dos princípios no ordenamento jurídico e sua função norteadora. Seguindo a mesma linha de pensamento, Bonavides segue a importância dos princípios: “Todo discurso tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais

³⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

³⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

³⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258.

as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que essas sejam no interior de um sistema de normas”.³⁴³

Isso ocorre apenas no período que o autor denomina de “pós-positivismo” (após ultrapassadas as fases do jusnaturalismo), Nessa nova fase, os princípios passam a representarem o pedestal sobre o qual se assenta todo o sistema normativo jurídico, em razão da acentuação da hegemonia axiológica.³⁴⁴ Como precursores da teoria pós-positivista, Dworkin e Alexy baseiam-se na tendência axiológica de compreensão do constitucionalismo, promovendo uma nova forma de interpretação e integração dos princípios ao sistema jurídico. Dworkin defende que princípios, tratados como direitos, podem impor obrigações legais e, essa concepção, que recebeu a contribuição igualmente de Alexy, criam a chamada “Nova Hermenêutica”, definida, com muita propriedade por Bonavides:

[...] Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado a consideração dos valores, e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a lei com o direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do direito.³⁴⁵

Essa Nova hermenêutica confere o mais elevado grau aos princípios, qual seja, a constitucionalidade e, portanto, a obrigatoriedade de que sejam levados a termo. Nesse sentido, ainda se utilizando os ensinamentos de Bonavides, ponderam sobre a dimensão objetiva e concretizadora dos princípios.

Mas a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade.

Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima. Ali, pairam ainda numa região abstrata e tem aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata.

É unicamente nessa última fase que se faz exequível colocar no mesmo plano discursivo, em termo de identidade, os princípios gerais de direito, os princípios constitucionais e as disposições de princípio.³⁴⁶

³⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

³⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 264.

³⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 266.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 274.

Uma vez constitucionalizados, os princípios assumem caráter de normas primárias, as quais servem de base para as normas secundárias, quais sejam, as que decorrem dos princípios.³⁴⁷ Desta forma, e observando a Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy, vistas no Capítulo 2 dessa dissertação, que considera os mesmos como uma das categorias das normas, os quais devem ser aplicadas ao máximo e na medida do possível, tem-se, no presente momento, a questão específica do princípio da igualdade, tanto formal quanto material(isonomia) que, como norma primária, devidamente constitucionalizada, posto que prevista no artigo 3º³⁴⁸, assim como no “*caput*” do artigo 5º³⁴⁹ da Constituição Federal Brasileira de 1988, deve ser observada na promoção, tanto da elaboração das normas como na interpretação do sistema jurídico vigente.

Ao abordar a igualdade como princípio constitucional, muito propícias são as palavras de Silva: “Igualdade constitucional é mais que uma expressão de direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental”.³⁵⁰

Diante do exposto acerca da importância dos princípios constitucionais e, neste caso trazendo à baila o princípio da igualdade, pode-se afirmar que, no caso da união de casais homossexuais e sua vontade de formar uma família, podendo também adorar conjuntamente, não pode haver distinção de tratamento por que não existe distinção de comportamento, ou seja, são consolidados todos os requisitos de formação de uma família contemporânea.

[...] como já vimos, o princípio não pode ser entendido no sentido individualista, que não leva em conta as diferenças entre os grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois tratamento igual – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas aquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração

³⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 275.

³⁴⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2012.

³⁴⁹ “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”: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 ago. 2012.

³⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito civil constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 217.

pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerado irrelevantes perante o legislador³⁵¹.

Com relação a igualdade e as formas de igualdade e desigualdade existentes, Dworkin, se refere a igualdade descrita na Décima Quarta Emenda à Constituição do Estados Unidos da América, o qual estabelece que “[...] a cláusula faz do conceito de igualdade uma tese de legislação, mas não estipula nenhuma concepção particular desse conceito”.³⁵² Para tanto, é necessário fazer uma distinção entre a igualdade como política e a igualdade como direito, chamando a atenção que em algumas situações a igualdade política, qual seja, a que visa a equiparação de condições para todos os cidadãos (também denominada de igualdade substancial, igualdade isonômica ou igualdade material), pode gerar uma violação em relação a igualdade de direitos, que refere-se ao direito que cada cidadão tem de ser respeitado em sua individualidade, a fim de prover a igualdade material que respeita as diferenças.

Para exemplificar tal situação Dworkin³⁵³ refere-se aos ensinamentos do caso DeFunis³⁵⁴, afirmando que, sua importância está no fato de forçar o reconhecimento da distinção entre igualdade como política e igualdade como direito, uma distinção que tem sido praticamente ignorada pela teoria política. Para DeFunis, o que houve no caso foi uma

³⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito civil constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 219.

³⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 348.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 343.

³⁵⁴ No segundo caso, DeFunis vs. Odegaard, (1974), temos que em 1971 o requerente Marco DeFunis Jr., de origem judaica, tentou ser admitido na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, admissão esta que foi negada. Diante deste fato DeFunis buscou judicialmente o seu direito de ser matriculado. Ele afirmou, em sua petição inicial, que teria sido discriminado pelos critérios e procedimentos empregados pelo Comitê de Admissão, pois “[...] ainda que as notas dos exames aos quais se submeteu e as de todo o seu histórico escolar fossem tão altas que ele teria facilmente sido admitido se fosse negro, filipino chicano ou índio americano”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 343.).

“Os procedimentos de admissão à Faculdade de Direito da Universidade de Washington eram complexos. As solicitações de ingresso eram divididas em dois grupos. A maioria – os que não vinham dos grupos minoritários especificados – passava por uma triagem prévia que eliminava todos os candidatos cuja média estimada, estabelecida em função das notas obtidas na universidade (college) e em exames de aptidão, ficava abaixo de um determinado nível. Os candidatos provenientes dos grupos majoritários que sobreviviam a esse corte inicial eram então colocados em categorias que recebiam uma consideração cada vez mais cuidadosa. Por outro lado, os candidatos provenientes de grupos minoritários não passavam por esse tipo de triagem; seus casos eram tratados com meticulosa consideração por uma comissão especial formada por um professor de direito negro e um professor branco que haviam ensinado em programas destinados a ajudar estudantes de direito negros. A maior parte dos candidatos de grupos minoritários aceita no ano em que DeFunis foi recusado tinha médias estimadas inferiores àquelas exigidas pela triagem inicial. E a Faculdade de Direito admitiu que qualquer candidato de um grupo minoritário, com a mesma média que DeFunis, certamente teria sido aceito”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 343.).

violação do seu direito individual à igualdade, em nome de uma política de maior igualdade geral. Assim, conforme o autor supramencionado,

É preciso tentar definir o conceito central em que ela se fundamenta, que é o conceito de um direito individual a igualdade, transformado em direito constitucional pela Clausula de Igual Proteção. Que direito a igualdade tem os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importante políticas econômicas e sócias, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?³⁵⁵

No caso do reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, o que ocorre é uma violação ao direito individual dos homossexuais ao acesso de igualdade de direitos, em razão de concepções preconceituosas que, preferem negar a visibilidade a tais relações, ao invés de reconhecer os direitos que já estão albergados pela Constituição Federal de 1988. Isso demonstra o perigo que pode representar a classificação das pessoas, podendo esse gerar, ainda mais preconceito.

Temos, todos nós, inteira razão em desconfiar das classificações por raça. Elas têm sido usadas para negar, em vez de respeitar, o direito à igualdade, e todos nós estamos conscientes da injustiça que daí decorre. Mas se entendermos mal a natureza desta injustiça, ao não estabelecermos as distinções simples que são necessárias para o seu entendimento, estaremos correndo o risco de cometer ainda mais injustiça.³⁵⁶

Assim, qualquer tipo de tratamento diferenciado, somente pode ser tido como legítimo a partir de uma fundamentação consistente, por exemplo, no caso das pessoas com necessidades físicas especiais, essas precisam de um tratamento diferenciado para terem acesso ao seu direito de ir e vir. Contudo, a família homossexual não possui necessidades especiais para acessar seu direito de entidade familiar, razão pela qual, nesse caso, qualquer tipo de distinção configura arbitrariedade e conseqüentemente, gera, discriminação e fere o princípio da igualdade.

Tem-se, num primeiro momento, a proclamação da igualdade na forma da lei, ou seja, todos são iguais perante a lei. É a partir dessa perspectiva que surge a igualdade formal, nos

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 349.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 369.

moldes das Revoluções Estadunidense e Francesa. No entanto, com a evolução histórica dos direitos humanos e a necessidade de intervenção do Estado de forma positiva, proclamou-se a igualdade material, ou seja, a também conhecida igualdade a partir de um tratamento voltado para a isonomia. Isto também significa referir-se a busca de uma igualdade efetiva, baseada na distinção dos indivíduos, sob a percepção de que as pessoas não são iguais e necessitam de oportunidades distintas para a efetivação de seu modelo de vida “feliz”. Para isso, as instituições devem estar aptas a lidarem com as diferenças a fim de efetivarem e proporcionarem a igualdade, na perspectiva material.

Fundamentando a relação de distinção entre a igualdade material e formal, acima expostas e já mencionadas no início do texto, apresenta-se aqui, também a posição de Leivas, o qual assevera que “[...] igualdade formal é igualdade exclusivamente diante da lei [...]”.³⁵⁷ Portanto, tal forma de igualdade não considera a distinção entre as pessoas, ela se constrói a partir de duas óticas: a primeira, de considerar todos iguais em direitos e obrigações diante da lei existente e, a segunda, de impedir qualquer tipo de distinção pelo Estado e pelas instituições em relação ao tratamento dos indivíduos, garantido a todos a aplicação igualizada da lei, ou seja, ninguém está autorizado a agir ou deixar de agir senão na forma da lei.

Nessa medida, Leivas ressalta um fator importante, muitas vezes esquecido, ou seja, que a igualdade formal está restrita a aplicação da lei. Sendo assim, refere-se à lei existente para determinados casos, devidamente tipificados, e será aplicada a todos sem distinção. Contudo, a igualdade formal não tem o condão de atingir a esfera do legislativo, uma vez que a igualdade será proporcionada a partir da existência de uma lei positivada. Mesmo assim, o Poder Legislativo tem influência importante, uma vez que é ele quem irá criar legislações que garantirão a igualdade material, ao mesmo tempo em que é, a partir do momento que estas entrarem em vigor no ordenamento jurídico, que se aplicarão igualmente a todos e todas que a lei se referir, garantindo assim, a efetividade da igualdade formal.

Com relação a conceituação da igualdade formal, Rios contribui com o acima exposto, ressaltando que ela refere-se a universalização da aplicação da norma a todos os indivíduos:

Concebida nesses termos, o direito da igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito, sem a consideração de quaisquer outros dados que não a abstrata e genérica formulação do mandamento legal,

³⁵⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os direitos homossexuais e tratamento isonômico perante a previdência social: o caso Ministério Público Federal x Instituto Nacional de Previdência Seguro Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luiz (Org.). **Homossexualidade, cultura e política**. Porto Alegre: Sulinas, 2002, p. 50.

independentemente das peculiares circunstâncias de cada situação concreta e da situação pessoal dos destinatários da norma jurídica.³⁵⁸

Contudo, embora a igualdade na forma da lei seja a contemplada, expressamente, pela Constituição Federal de 1988, especificadamente no artigo 5º, *caput*, já mencionado nesta seção, esta não se furtou a garantir a igualdade material, meio adequado e autêntico para se atingir a isonomia, enquanto princípio fundamental e indispensável à produção da dignidade da pessoa humana, exigida tanto na esfera da aplicação das normas, como no âmbito da legislação das normas. Isto pode ser encontrado nos objetivos do Estado Brasileiro (artigo 3º da Constituição Federal de 1988), onde se justifica o tratamento diferenciado a fim de se atingir a igualdade material, ou seja, o princípio da isonomia.

Assim, a igualdade material importa em oferecer tratamento diferenciado e respeitoso as singularidades de cada indivíduo e ou grupo de indivíduos. Nesse sentido, por exemplo, criar leis para garantir a acessibilidade aos cadeirantes, significa permitir que esses sujeitos exerçam, de forma plena, o direito fundamental de ir e vir. Nesse sentido, a igualdade material, reporta a criação de legislação ou políticas públicas específicas, as quais promoveriam tratamento distinto aos indivíduos, em razão de condições distintas de determinados indivíduos, a fim de efetivar a igualdade do direito de ir e vir a todos e todas. Neste sentido, o papel do Poder Legislativo é fundamental:

Na Constituição brasileira, não há previsão expressa de vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais. Porém, em uma interpretação sistemática da Constituição, a partir de dispositivos tais como o do art. 5º, I, que declara que homem e mulher são iguais em direitos e obrigações, e do art. 3º, IV, que proíbe qualquer forma de discriminação e etc.; chega-se ao reconhecimento de que o legislador também está vinculado ao postulado da igualdade, o que já é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátria a muito tempo. Portanto, vige no ordenamento jurídico Brasileiro, ao lado do princípio da igualdade formal a igualdade material.³⁵⁹

Com relação aos homossexuais, diante da questão da igualdade, bem como a questão da configuração ou não da discriminação, é necessário se fazer uma digressão em relação a distinção por sexo, aliada a concepção de orientação sexual, posto que é nessa esfera que

³⁵⁸ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 68.

³⁵⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os direitos homossexuais e tratamento isonômico perante a previdência social: o caso Ministério Público Federal x Instituto Nacional de Previdência Seguro Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luiz (Org.). **Homossexualidade, cultura e política**. Porto Alegre: Sulinas, 2002, p. 51.

ocorre a promoção da igualdade ou da discriminação em relação aos homossexuais. Para fins de abordar a questão do direito a igualdade em face dos homossexuais serão analisadas as proposições de Rios, que magistralmente trabalha a temática da igualdade, de forma específica, em relação aos homossexuais.

Nesse caminho o primeiro esclarecimento realizado pelo autor, é de que a igualdade como princípio, deve ser abordada na forma de “princípio jurídico constitucionalmente vigente”³⁶⁰, demonstrando assim, sua filiação a Teoria dos Direitos Fundamentais defendida por Alexy, a posição de Canotilho e dos demais autores abordados nesta dissertação.

Portanto, partindo-se da ideia de igualdade como princípio, tem-se que para a concretização da igualdade, fatores sociais e culturais devem ser considerados na análise das mais variadas situação jurídica e fáticas, neste caso, dos homossexuais. Desta forma, Rios pondera que “[...] quanto maiores forem os preconceitos disseminados diante de determinado problema jurídico”, maior deverá ser o esforço para a concretização do princípio constitucional.³⁶¹

Para que se possa efetivamente concretizar o princípio da igualdade é indispensável que haja uma situação relacional, ou seja, determinado sujeito é reconhecido de forma equivocada, por que existe um padrão, pré-determinado, que reconhece outro sujeito de forma dita “correta”, assunto este já trabalhado no Capítulo 1, onde se pesquisou a questão da identidade e do reconhecimento desta pela sociedade. Assim, Rios pondera, expressamente, que

além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade requer, desde o início, a compreensão da igualdade sob uma perspectiva relacional. A igualdade como diz Bobbio, é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações; o direito como ordem normativa, prescreve tal relação entre objetos de compreensão, estabelecendo quando, como e por que serão sustentadas equiparações ou diferenciações.³⁶²

Assim, embora a relação entre os seres humanos seja indispensável para que se estabeleça um padrão de compreensão, a mesma não pode se dar de forma discriminatória.

³⁶⁰ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 63-64.

³⁶¹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 65.

³⁶² RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 66.

Nesse sentido, a fim de elucidar o assunto proposto, Rios aborda a questão da proibição da discriminação por orientação sexual como foco do debate para a análise da igualdade. Nesse aspecto, o autor trata da igualdade sob suas óticas, quais seja, o da “igualdade perante a lei” e o da “igualdade na lei”.³⁶³ Assim, duas percepções da igualdade situam-se, respectivamente, no campo da igualdade formal e no campo da igualdade material e, destinam-se a demonstrar que, tanto em uma situação, quanto na outra, não existem fundamentos aptos para justificar qualquer tipo de tratamento discriminatório negativo aos homossexuais. Se considerada a igualdade na forma da lei, essa garante que a todos será dispensado o mesmo tratamento apontando, em especial para os direitos fundamentais, ou seja, ninguém será discriminado em razão do sexo ou da orientação do seu desejo sexual. Por outro lado, sob a ótica da igualdade material, entende-se que aos diferentes serão oportunizados tratamento diferenciados. Este segundo aspecto, ou seja, da igualdade material, também pode ser entendido como um mecanismo para que o Estado crie legislação e políticas públicas diferenciadas, a partir do entendimento constitucional, a fim de facilitar a igualização dos direitos, neste caso, podendo criar legislação específica para os casais homossexuais adotarem.

Assim, retomando os ensinamentos, acima, é correto afirmar que os homossexuais são cidadãos como qualquer outro, merecendo, portanto, que os direitos existentes sejam garantidos também a eles, de forma igualitária, sem discriminações negativas e preconceituosas devido sua orientação sexual. Ao mesmo tempo, pode-se afirmar que estes cidadãos, como minoria na sociedade e que sofrem preconceitos sociais e, também jurídicos, devem ser amparados pelo princípio da igualdade material, através da criação de legislação específica e políticas públicas promovam a igualdade material, a partir de condições distintas de acesso aos direitos, a fim de que, criando-se legislações específicas, essas passem a fazer parte do ordenamento jurídico, garantindo, para tanto, também a igualdade perante a lei. Neste caso, “[...] a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”.³⁶⁴

Com relação a disposição constitucional do artigo 3º, inciso IV, referente ao fato de que “[...] ninguém será discriminado em razão do sexo”³⁶⁵, Rios faz um aparte, vinculando tal

³⁶³ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 67-68.

³⁶⁴ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 69.

³⁶⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

condição a orientação sexual, em se tratando de igualdade perante a lei e, afirma expressamente e ressalta a proibição de diferenciação de tratamento devido a orientação sexual:

Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitivas das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamentos: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal.³⁶⁶

Contudo, o texto constitucional não ponderou, de forma expressa, que é proibida a discriminação por orientação sexual, mas sim, apenas referiu que ninguém será discriminado por razão e sexo, assim como não fez a ligação entre a palavra “sexo” e “orientação sexual”, prevista no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal. Neste contexto, Rios remete novamente a questão relacional, ou seja, pondera com veemência que, embora não citado expressamente, o âmbito da orientação sexual resta incluído na concepção de sexo, por que no caso dos homossexuais, a discriminação esta na questão do sexo do sujeito com o qual o homossexual se relaciona, ou seja, se um indivíduo se relacionar afetiva e ou sexualmente com outro, do mesmo sexo, este ato será objeto de discriminação em razão do sexo dos sujeitos, contudo se a relação sexual ocorrer entre pessoas do sexo oposto, isso não incidirá ao mesmo tipo de discriminação.³⁶⁷

Assim, o âmbito da sexualidade, na ótica da orientação sexual também é abrangido pela disposição do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, posto que a discriminação está fundada “[...] no sexo da pessoa para quem algum dirige seu envolvimentos sexual”³⁶⁸, e isso se configura como discriminação negativa e fere o princípio da igualdade de acesso a alguns direitos.

Diante de tais considerações Rios, ainda observa a questão da igualdade formal em relação a discriminação por orientação sexual afirmando que

³⁶⁶ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 70.

³⁶⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 72.

³⁶⁸ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, loc. cit.

de todo o exposto, constata-se que a dimensão formal do princípio da igualdade, seja em sua enunciação geral, seja no seu desdobramento concreto, veda a diferenciação e estabelece entre heterossexualidade e homossexualidade nas questões jurídicas. Disto decorre o imperativo absoluto de equiparação entre heterossexuais e homossexuais, sendo descabida, em qualquer hipótese, diferenciações?³⁶⁹

Para responder a pergunta proposta ao final da citação feita, acima, pelo autor tem-se a questão da igualdade material, referente a “igualdade na lei”, a qual aborda a imposição de tratamento igualitário em casos iguais e tratamento distinto em havendo situações distintas fundamentadas. Nesse sentido, “A indagação fundamental, portanto, colocada pela igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparações ou diferenciações, para fins de instituição de um tratamento jurídico”.³⁷⁰

Com isso, verifica-se que o tratamento distinto não pode ser arbitrário, posto que assim, configuraria uma maior violação do princípio da igualdade, posto que o tratamento diferenciado somente é justificado quando devidamente fundamentado, prescindindo, assim de argumentação, as quais decorrem dos valores sociais e culturais amplamente aceitos, e nesse sentido, Rios trata da questão da discriminação sob duas óticas, quais seja, a discriminação direta e a discriminação indireta.

Discriminação direta, na linha de conceito de discriminação jurídica geral antes esboçado, ocorre *quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência*, fundados em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outra forma de discriminação proibida, *tem o propósito* de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.³⁷¹

Na discriminação direta, o ato afronta as disposições juridicamente proibidas, enquanto que na discriminação indireta, essa afronta, além de ser velada, ainda assume veste de critérios constitucionais, neutros ou proibitivos de discriminação. Nesse sentido, a discriminação indireta esconde o propósito discriminatório, representado uma dos maiores desafios para a promoção dos valores da igualdade, da diversidade e respeito às diferenças.

³⁶⁹ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 74.

³⁷⁰ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001, p. 75.

³⁷¹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

A discriminação, com efeito, é um fenômeno objetivo e difuso. Seu enfrentamento exige, muito além da censura às suas manifestações internacionais (explícita ou encobertas), o cuidado diante de sua reprodução involuntária. Mesmo onde e quando não há vontade de discriminar, distinções ilegítimas nascem, crescem e se reproduzem, insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias.³⁷²

Diante das considerações apresentadas nesta seção, verifica-se que o princípio da igualdade, tanto na sua forma da igualdade formal quanto da igualdade material, são pilares sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual a interpretação das normas, para que as mesmas sejam aplicadas com igualdade, bem como a criação de outras leis e de políticas públicas para buscar a igualização, devem caminhar no sentido de convergir com o referido princípio. Contudo, questões sociais e culturais acabam influenciando a efetivação da igualdade, razão pela qual reiteradamente os homossexuais são destinatários de tratamento discriminatórios negativos, sendo que em sua forma direta, são coibidos pela lei e pela atividade jurisdicional. Assim, quando a discriminação ocorre de forma indireta, ela acaba por representar a mais cruel de todas as afrontas, posto que dispersa em um limbo isento de coerção a discriminação que, em última análise, age como promotora da desigualdade, contrariando os ditames constitucionais. Portanto, é possível afirmar que, mesmo sem a criação de novas regulamentações ou legislações que venham a facilitar a efetivação do direito a adoção por casais homossexuais (o que atenderia, de forma clara e precisa o princípio da igualdade material), os ditames constitucionais, baseados principalmente nos princípios existentes, por si só garantem o acesso à esses casais ao direito de adotar conjuntamente.

Assim, como forma de demonstrar a aplicabilidade da isonomia e o tratamento dispensado a questão das uniões homossexuais e seus pleitos em prol da adoção, a seção que segue, buscará abordar brevemente, o voto do Ministro Ayres Brito, relator da ADI nº 4.722/2011, que analisou a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 1763 do Código Civil de 2002, referente a união estável, e acabou por determinar que o mesmo seja interpretado conforme a Constituição, abrangendo assim, extensivamente, os casais homossexuais.

³⁷² RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 117.

3.3 EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS DE POSICIONAMENTOS INOVADORES DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Até o momento foram apresentados argumentos procurando justificar a interpretação principiológica da Constituição brasileira de 1988, como base para a efetivação da adoção conjunta por casais homossexuais. Também buscou-se argumentos no princípio da igualdade, tanto formal, quanto material, que remetem a possibilidade de criar legislação e ou políticas públicas específicas para efetivar, de forma mais ágil e uniforme este direito aos homossexuais, o qual está sendo cerceado. Diante deste contexto, Silva Júnior defende que a ação de todo o Estado e do ordenamento jurídico, aqui incluído também a questão da jurisprudência, deve seguir a evolução dos direitos fundamentais e, para tanto, agir diante do atendimento pleno ao direito de adoção conjunta para os casais homossexuais.

Tomando, pois, como pontos de partida os princípios da isonomia e do respeito à dignidade humana, as leis, a jurisprudência, a doutrina e as posturas governamentais, respaldadas no quadro evolutivo dos direitos fundamentais e no seu atual estágio de proteção integral, [...] já apontam para a necessidade de os Estados assegurarem a igualdade plena, no atendimento jurídico e social aos seus cidadãos.³⁷³

Contudo, foi arguida, igualmente, no primeiro capítulo dessa dissertação, a questão da construção e do reconhecimento, como quando se tratou do princípio da igualdade, buscando-se fundamentar o tratamento isonômico diante da questão da discriminação que permeia as relações sociais, as quais impedem o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, estando esta posição projetada na identidade negativa destes sujeitos que, acaba gerando um reconhecimento equivocado (preconceituoso) e provoca a discriminação. Essa concepção negativa da identidade dos sujeitos homossexuais é fruto de uma construção histórica, como se observou na linha argumentativa desta pesquisa. Contudo, os novos ares do direito, inspirados na Constituição Federal de 1988 impõe uma conduta diferenciada, seja da sociedade sejam dos poderes de Estado. Neste sentido, o Poder Judiciário tem tido posicionamentos favoráveis e importantes diante desta temática, uma vez que, nos últimos períodos, as lides envolvendo a questão dos homossexuais tem aumentado e, o Poder Judiciário acaba tendo que apontar rumos diante da interpretação do direito, em prol da

³⁷³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2008, p. 66.

garantia dos direitos e da dignidade para todos e todas. Isso não significa dizer que não exista preconceito dentro do próprio Poder Judiciário. Silva Júnior pondera acerca do tema:

Se, até pouco tempo, o Poder Judiciário se mantinha comodamente silencioso (o que evidencia preconceito de muitos de seus membros) e, pois, hermético para com a possibilidade de deferimento de adoção a casal homossexual, as aberturas que este mesmo Poder promoveu, na direção do que se defende nesta doutrina, merecem menção e análise.³⁷⁴

No que se refere a adoção por casais homossexuais, o mesmo autor lembra o primeiro registro de deferimento, pelo Poder Judiciário, de adoção por casal homossexual, ocorrido em 2004, na cidade de Catanduva-SP. Neste ato, tanto o Judiciário, quanto o Ministério Público orientaram-se pela Resolução 1 de 1999, proferida pelo Conselho Federal de Psicologia, a qual vedava qualquer tipo de discriminação referente à orientação sexual, neste caso, à homossexualidade.³⁷⁵

Depois disso, muitas outras decisões foram proferidas e muito o Poder Judiciário tem contribuído para fazer valer a principiologia constitucional e a garantia de tratamento isonômico para os homossexuais, inclusive nos casos em que possibilita a adoção conjunta. Nesse sentido, o presente trabalho se propôs a analisar, sob o enfoque dos principais temas abordados até o presente momento, nesta dissertação, quais sejam, o respeito à diferença, a busca da igualização de tratamento jurídico pelos homossexuais, principalmente no que se refere à adoção conjunta por casais homossexuais, embasados na principiologia constitucional, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 do Distrito Federal, julgada em outubro de 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723³⁷⁶ do Código Civil, estendendo às uniões homossexuais os mesmos direitos das uniões estáveis entre homem e mulher, sem, contudo, referir-se, especificamente a questão da adoção.

O Supremo Tribunal Federal em outubro de 2011, ao analisar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 conjuntamente com a Ação Direta de

³⁷⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2008, p. 144.

³⁷⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2008, p. 144.

³⁷⁶ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL. **Código civil brasileiro**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.

Inconstitucionalidade nº 4.277, acabou por determinar que o artigo 1.723 do Código Civil seja interpretação “conforme a Constituição”, estendendo o amparo das relações estáveis entre homem e mulher aos casais homossexuais.³⁷⁷

Primeiramente faz-se necessária uma breve explicação de ordem processual, a fim de localizar o leitor em relação ao tipo de demanda promovida e os motivos que embasaram a propositura das respectivas ações judiciais. O Governo do Estado do Rio de Janeiro, promoveu uma ação judicial denominada de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em razão das disposições albergadas pelo artigo 19, incisos II e V e artigo 33, inciso I a X do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei nº 220/1975³⁷⁸), que negavam a integralidade dos direitos previstos aos servidores públicos civis que tinham orientação sexual homossexual. No julgamento do STF, entendeu por bem transformar a ADPF nº 132 na ADI nº 4.277, posto que, como aos companheiros e companheiras homossexuais dos servidores públicos civis do estado do Rio de Janeiro já tinham reconhecido os direitos previdenciários, restava apenas, a aplicação à interpretação dos albergados pela união estável, justificativa essa, que levou a incorporação de uma ação pela outra.

³⁷⁷ O presente embasamento vai ao encontro da teoria trabalhada, principalmente pelo Canotilho, no Capítulo 2 dessa dissertação, a qual se refere a necessidade de interpretar os dispositivos constitucionais de maneira integrada e as demais legislações em conformidade com a Constituição. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.). Também Alexy reforça a teoria de que os princípios constitucionais são balisadores do ordenamento jurídico. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Alemã. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.).

³⁷⁸ “Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

[...]

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”. (BRASIL. Decreto-lei n. 220/1975. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.).

O relator da ADI nº 4.277 foi o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, voto sobre o qual se volta a análise aqui proposta. Com relação a questão processual da conversão da ADPF nº 132 na ADI nº 4.277, o relator assim afirmou:

É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção. Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”.³⁷⁹

Como se denota das palavras do relator, após superadas as questões de ordem processual, a ADI acima citada, trata-se de uma ação que visa dar interpretação conforme a Constituição, às disposições previstas pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2003, que reconhece como união estável, aquela havida entre homem e mulher, sendo que a ação tem por escopo dar interpretação extensiva a tal dispositivo legal, albergando igualmente as uniões homossexuais, já que na substancia, como visto no capítulo 2 dessa dissertação, não apresentam distinção em relação as uniões heterossexuais. Para tanto, Coutinho ponderou com muita propriedade, assim como tantos outros autores, que a família e o reconhecimento desta deve estar baseado na complexidade envolvendo interesses, necessidades e sentimentos, sem estar presa a questão meramente reprodutiva.³⁸⁰

Desta forma, uma vez julgada procedente a demanda proposta pela ADIN nº 4.277, as uniões homossexuais, caracterizadas pela durabilidade, publicidade e intenção de constituição familiar, além do afeto, serão equiparadas a uniões estáveis entre homem e mulher, e daí, a decorrência de uma série de direitos e obrigações também para os casais homossexuais, todas devidamente garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direto de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁸⁰ COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. In: BARROS, Myrian Lins (Org.). **Família e gerações**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 97.

Logo no início de seu voto, após apresentar as razões e a época em que o termo “homoafetividade” foi introduzido no dicionário jurídico brasileiro, o relator passa a explicar que o termo “sexo” apresentado no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, refere-se a uma distinção de gênero, sem conotação discriminatória, e ao referir-se sobre a questão do gênero, deixa explícito que a mesma decore de uma construção social, assim como todas as outras conotações vinculadas à distinções, a princípio biológicas, que resultam da dicotomia homem/mulher. Angelin e Maders afirmam diante da construção social de gênero, que “Superar o preconceito e construir uma relação diferente de gênero perpassa pela vontade humana, que também é responsável pela criação do Direito”.³⁸¹ Tal indicativo remete o compromisso do Estado de Direito também para a questão dos homossexuais. Nesse sentido afirma o relator expressamente:

23. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º. O artigo, versante sobre os “objetivos fundamentais” República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

Assim, como proclamado ao longo de todo o trabalho, a distinção de gênero não deve ser tomada ao pé-da-letra, posto que essa decorre de uma construção cultural que tem por fundamento o pensamento dominante, o qual tem, por escopo, costuma desconsiderar as diferenças existentes em alguns grupos sociais. Contudo, a concepção pós-moderna de construção da identidade, baseia-se na sexualidade e não na distinção de gênero, e nesse sentido o acórdão refere explicitamente que a distinção homem e mulher não deve ser incorporada a um discurso preconceituoso discriminatório.

24. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a

³⁸¹ ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. A construção da equidade nas relações de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: avanços e desafios. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’ OMO, Florisbal de Souza (Orgs.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 134.

masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

O Ministro deixa claro que o dispositivo legal impõe um tratamento igualitário e não o contrário, posto que a promoção da não discriminação é um dos principais objetivos do Estado de Direito em que se vive e, tal princípio serve como embasamento para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º³⁸²) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).³⁸³

No mesmo sentido, o relator afirma a função das políticas públicas de promoção de igualdade, atendendo ao acesso garantido pela igualdade material, que no caso em voga se dá pela promoção de práticas igualitárias na interpretação dos dispositivos constitucionais, e pela afirmação e reconhecimento da condição homossexual como orientação sexual, assim como a condição heterossexual é reconhecida e respeitada pela sociedade. Isto reflete e remete ao pluralismo da sociedade contemporânea.

26. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. [...], a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) [...], a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos

³⁸² “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.).

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários.³⁸⁴

Como se percebe, a partir das palavras de Britto, a constituição plural da sociedade e da cultura brasileiras exigem uma postura estatal convergente com os ditames constitucionais da isonomia, posto que do contrário o próprio Estado violaria os direitos por ele mesmo proclamados como fundamentais para a estrutura e a organização do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Angelin e Sikora contribuem através do estudo desenvolvido acerca da teoria concretizante em Konrad Hesse e Peter Häberle, afirmando que a Constituição, como um documento voltado para manter a unidade política, deve ser interpretado pelos poderes constituídos a partir de uma visão mais pluralista e aberta, a fim de contemplar, efetivamente as demandas sociais, o que, de forma interessante, foi considerada pela decisão da ADI em questão.³⁸⁵

Seguindo a construção da referida decisão, que introduziu no sistema jurídico brasileiro uma nova postura em razão das uniões homossexuais o relator afirma que a diferença de sexo, enquanto gênero, não pode ser encarada como uma característica negativa, ou seja, não é concebível que seja feito algum tipo de diferenciação a fim de que alguém seja considerado inferior ou superior em razão de ter nascido do sexo feminino ou masculino, em sua conotação biológica. Uma diferenciação desse tipo não pode servir de base para o preconceito/discriminação, devendo tais construções preconceituosas, ser coibidas, tanto pelo legislador, quanto pelo julgador e pelo administrador do Estado, através dos mecanismos pertinentes a cada um destes poderes constituídos, a fim de promoverem os ditames constitucionais referentes a não discriminação por sexo, assim como o princípio da igualdade nas suas diversas formas (formal e material). O Ministro do STF, relator da ADI em questão, ressalta com veemência a necessidade de observância do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal brasileiro, de 1988 no combate contra a discriminação negativa dentro do Estado:

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁸⁵ ANGELIN, Rosângela; SIKORA, Rogério Moraes. A contribuição das teorias interpretativas da constituição de Häberle e Hesse para a efetivação dos direitos de cidadania das mulheres. In: GALIETTI, Mauro; GALIETTI, Natália Formagini (Orgs.). **Direito contemporâneo em pauta**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: URI – Campus Santo Ângelo, 2012, p. 263-276.

28. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuidasse, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.³⁸⁶

Assim, se a Constituição Federal de 1988 impõe o tratamento igualitário a todos e todas na forma da lei, rechaçando qualquer desigualdade arbitrária, da mesma forma que garante que o sujeito somente será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude da lei, do que decorre a conclusão de que tudo que não for expressamente proibido é permitido, tem-se que, no caso da motivação do desejo sexual, o legislador constituinte atuou de forma negativa, ou seja, deixou de se manifestar expressamente, o que leva a conclusão de que, se a intenção constitucional era deixar a cargo exclusivamente do sujeito, o seu desejo sexual, é porque isso integra o que o próprio constituinte chamou de intimidade, sendo que nesse aspecto o sujeito é livre, desde que não contrarie a lei, o que de certa forma, também é um fator positivo para a argumentação da liberdade orientação sexual.

Sendo assim, como não resta expressamente proibido a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo, da mesma forma que o padrão heterossexual não é instituído como única regra de comportamento sexual, e ainda, considerando que a sexualidade integra o patrimônio particular do cidadão, da mesma forma que o Estado garante o “bem de todos”, sem nenhum tipo de discriminação, não se pode negar o direito dos homossexuais de se relacionarem sexualmente e emocionalmente, sendo, contudo, protegidos pelas disposições Constitucionais, o que significa, em última análise, reconhecer aos pares homossexuais os mesmos direitos que aos pares heterossexuais, inclusive no que se refere a adoção conjunta.

A relação entre considerar permitido tudo o que não for expressamente proibido por lei, vem demonstrado na passagem, a seguir, proferida no acórdão da ADI em análise:

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivizar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever). [...] pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia.³⁸⁷

A fim de fundamentar a questão do direito à intimidade e à livre orientação sexual, o relator, expressamente, dispõe que a homossexualidade não representa uma anomalia, mas sim a identidade sexual de determinados sujeitos, os quais encontram-se igualmente protegido pelo Estado Democrático de Direito. E, nesse sentido, expõe de forma proeminente que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”.³⁸⁸

Com relação a construção da identidade sexual, assunto que foi abordado, mais especificadamente, no Capítulo 1, seção 1.2, vale lembrar que, o poder dominante na sociedade impõe um padrão de comportamento considerado “correto”, servindo as mesmas regras para o comportamento supostamente desviante, criando para este um esteriótipo, razão pela qual normalmente se afirma que *gays* devem apresentar conduta efeminada, enquanto lésbicas devem adotar um padrão masculino de se comportar. Contudo, conforme os apontamentos até aqui apresentado pelo acórdão da referida ADI, tais imposições contrariam a norma constitucional, posto que a imposição de qualquer conduta somente decorre de lei, sendo que se essa se omitiu em falar em relação a intimidade dos indivíduos, a qual abrange a sexualidade, não pode a sociedade, reproduzir um comportamento discriminatório e constrangedor de forma impositiva, muito menos quando isso reflete no cerceamento de direitos de cidadania. Só quem tem poder de imposição dentro do Estado Democrático de

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

Direito é a lei, sendo que, tal faculdade não foi outorgada a sociedade, de forma direta embora, se saiba da influência da cultura na organização do sistema jurídico, uma vez que os poderes constituídos são compostos por seres humanos que carregam consigo pré-conceitos.

33. [...] nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

Como se demonstra na passagem acima, o próprio julgador afirma que não se pode regulamentar o irregulamentável, ao referir-se ao desejo sexual e a expressão da identidade sexual de cada indivíduo, sendo que estes fatores ocupam a esfera individual do sujeito, restringindo a sua exclusiva autonomia da vontade, a qual é protegida pela liberdade proclamada pela Constituição Federal de 1988, através da garantia do direito a intimidade e a privacidade, os quais compõe a esfera de direitos fundamentais individuais³⁸⁹.

Em sendo a intimidade e a privacidade, direitos fundamentais individuais, que possuem o *status* de cláusulas pétreas (de conformidade com o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988), que expressamente dispõe que não poderão ser objeto de emenda constitucional leis ou atos normativos que visem abolir a forma Federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais³⁹⁰. Cabe, neste

³⁸⁹ 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: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁹⁰ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

contexto, perguntar se o julgador pode suprimir das relações homossexuais o direito individual a privacidade e a intimidade, direitos estes que lhe permite a livre união, desde que não proibida por lei, o que de fato e de direito não é. Nesse sentido Britto refere:

39. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do § 4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonha aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.³⁹¹

Como resposta, no sentido de demonstrar a impossibilidade absoluta de se atingir ou negar cláusulas pétreas, principalmente em se tratando de direitos fundamentais individuais, o relator prossegue sua construção argumentativa, chamando ao debate a questão das disposições constitucionais em relação a família, assunto igualmente abordado na presente pesquisa no Capítulo 2, seções 2.1 e 2.2, que trataram especificamente da evolução da família e do direito de família brasileiro, até a chegada a família contemporânea, que tem por principal característica o vínculo do afeto, sendo que este tipo de família é o modelo proclamado pela Constituição Federal de 1988, que garante a pluralidade dos indivíduos, com reflexo na família como instituição.

40. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, *verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (*caput* do ar. 226). Em sequência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento [...].³⁹²

Em sequência, ainda se referindo à família, o relator argumenta:

42. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos.³⁹³

A exemplo do que foi abordado no Capítulo 2 desta pesquisa, o relator afirma o sentido eudênista da família representando uma união de afetos, a qual se estende aos demais sujeitos que, de conformidade com Britto, são os filhos e as filha, referidos na sequência de sua argumentação:

Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada”

³⁹² que são os seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (§ 1º); b) “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§ 2º); c) “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§ 3º); d) “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§ 4º); e) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§ 5º); f) “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§ 6º); g) “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§ 7º); h) “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§ 8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§ 5º do art. 227); j) “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§ 6º do art. 227).

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

(inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.³⁹⁴

É na acepção da “palavra-gênero” que a família deve ser concebida, de forma extensa e desvinculada do caráter rigoroso e sagrado a ela conferido pela Igreja Católica, posto que, qualquer entendimento que vise reduzir a concepção da unidade familiar, estaria, conforme o entendimento proclamado neste acórdão, em total descompasso com a vontade do legislador constituinte, com a vontade do Julgador da ADI e, principalmente, em desacordo com o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária prevista pela Constituição brasileira de 1988.

44. Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro continente para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso.

Seguindo na esteira da argumentação de que a premissa constitucional, a qual prevê que tudo o que não for expressamente proibido é permitido, é de se referir que, ainda que o texto expresso na Constituição, a família decorra da união de homem e mulher, aquela, não proibiu a união de pessoas do mesmo sexo, nem expressamente dispôs que a união homossexual não pode ser considerada como uma família, razão pela qual dispõe o relator, que a interpretação do disposto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado a luz das disposições do artigo 3º do mesmo diploma constituinte, e não ao contrário, ou seja, o sistema jurídico constitucional impõe que a interpretação conforme a Constituição e o princípio integrador dessa interpretação, conforme defende Canotilho³⁹⁵, se

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

³⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

dê na forma da promoção da igualdade em seu sentido amplo e mais abrangente possível, a exemplo da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy.³⁹⁶

46. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.³⁹⁷

O julgador deixa claro que, qualquer argumento que contrarie a interpretação extensiva do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, estará em desacordo com os preceitos constitucionais, posto que, considerar a união entre *gays* ou entre e lésbicas como família não fere a Constituição Federal, ressaltando que, o que de fato contraria o fundamento constitucional é não considerá-los como família, ou lhes negar qualquer direito decorrente desta construção. Sendo assim, a hermenêutica constitucional converge no sentido de reconhecer como família qualquer união baseada no afeto e com caráter de durabilidade, habitualidade e estabilidade, independentemente da orientação sexual de seus protagonistas.

Igualmente é essencial compreender que o objetivo Constitucional caminha no sentido reducionista de intervenção, ou seja, quanto mais relações existirem sem a necessidade de intervenção do Estado, maior a compreensão social de cidadania, posto que excesso de intervenção representa a imaturidade social em relação a seus direto e deveres recíproco, e sua obrigação de respeito a toda e qualquer discriminação. Assim, uma interpretação dos fatos sociais baseados na principiologia constitucional é o que garante tua efetividade e o ideário da mesma.

Nesse mesmo sentido, a seção anterior versou sobre o direito a antidiscriminação, proclamado por Rios, o qual busca, em última instância, uma sociedade onde a diferença seja

³⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

respeita como regra de convivência, e não como exceção, posto que a contemporaneidade da sociedade contemporânea trouxe também a pluralidade das relações.³⁹⁸

Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados.

No sentido da pluralidade de relações e da obrigatoriedade do respeito, seja pela sociedade civil, seja pelas instituições estatais, o julgador não referiu expressamente a questão da possibilidade da adoção por pares homossexuais, nem a possibilidade da habilitação conjunta no processo de adoção. Contudo, essa ideia permeia toda a argumentação do relator da ADI em questão, por conduzindo ao entendimento da possibilidade de adoção conjunta, associando esta interpretação constitucional ao artigo 1723 do Código Civil de 2003,

incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levam e levam de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

Nesse sentido, entende-se que a elaboração e a promulgação de lei específica em relação a adoção por pares homossexuais é uma possibilidade que facilitaria o trâmite processual, pois imprimiria uma uniformidade nas decisões, ou melhor, no procedimento de adoção pelos pares homossexuais, o que evitaria processos judiciais. Todavia, de acordo com o entendimento já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, acima analisado, a possibilidade de adoção conjunta passa a ser inerente a interpretação constitucional, como forma de garantir o acesso aos direitos dos homossexuais de constituir família e prole.

³⁹⁸ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001.

Ao finalizar seu voto, o relator expressamente afirma que concede provimento a ADI nº 4.277-DF, determinando que o vocábulo “entidade familiar”, seja estendido a união homossexual, a qual passa a ser regulamentada pelas mesmas disposições da união estável heterossexual.

50. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. É como voto.

O voto do relator foi acompanhando do voto de todos os demais Ministros, compondo um julgamento por unanimidade no sentido de reconhecer o direito dos homossexuais a se unirem e constituírem suas famílias, de forma livre e, protegidos pela luz da Constituição Federal de 1988.

Como se verifica a partir do julgamento acima analisado, o Brasil como Estado Democrático de Direito, ainda que permeado por diversas mazelas preconceituosas, e ainda vinculado a uma tradição cultural conservadora em relação a questão de gênero e a organização familiar, demonstrou nesse julgamento a maturidade do Supremo Tribunal Federal na análise das questões sociais que lhe são submetidas, contribuindo, de forma incisiva e positiva, no caminho da efetivação do direito da antidiscriminação, para a promoção efetiva da dignidade da pessoa humana.

A partir de tal julgado, pode-se afirmar que, os paradigmas do reconhecimento e da construção da identidade homossexual serão fortemente alterados no Brasil, posto que a orientação sexual deixa de ser um foco de polêmica e se transformar num nicho de reconhecimento adequado a liberdade no exercício da mais significativa e íntima face da individuação humana: sexualidade. Assim, percebe-se que o foco do debate deixou de ser a normalidade ou a anormalidade do comportamento homossexual e passou para a questão da promoção do respeito e do reconhecimento, o que infere na esfera das relações sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação dos homossexuais em relação a aquisição de direitos e reconhecimento efetivo na sociedade, com base respeitosa diante da orientação sexual diferenciada ainda é um grande tabu dentro das relações sociais. Diante deste contexto, o presente estudo de Dissertação de Mestrado foi realizado a partir da análise da possibilidade jurídica de reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, e assim, a partir desta a possibilidade dos casais de gays e lésbicas buscarem a habilitação conjunta para a construção de sua prole.

Durante o estudo, foi possível perceber que os padrões de reconhecimento social das identidades sofrem constantes alterações, vez que o ambiente ao qual os sujeitos são submetidos estão em constante processo de transformação, razão pela qual os modelos estáticos e rígidos de identidades, não podem mais ser concebidos com exclusivos já que a sociedade contemporânea tem por característica ser fluente, razão pela qual, no atual momento da civilização, o respeito a diferença e o reconhecimento pleno da identidade dos homossexuais é imprescindível.

Como referido, a identidade humana se constrói em diversos sentidos, entre os quais o sexo e a sexualidade representam a face mais íntima de compreensão do indivíduo enquanto sujeito e, na sua interpelação com o meio onde esta inserido, nesse aspecto restou abordada a questão do gênero, padrão de comportamento imposto pelo poder dominante, e destinado a manter a estrutura tradicional de organização social, em relação a concepção de sexualidade que representa a manifestação livre e isenta de discriminação do sujeito pós-moderno em relação a sua orientação sexual, e no contraponto da manutenção do poder dominante a cultura “*queer*” construída no sentido de abolir qualquer distinção vinculada a sexualidade ou a orientação sexual dos sujeito, para sua atuação enquanto indivíduos pertencente a uma comunidade global.

Tais transformações que impõe um comportamento mutante a aberto a novas construções comportamentais, permite o reconhecimento de diversas identidades e nesse ponto, tem que como obrigação estatal a garanti da igualdade de tratamento e direitos a todas as diferenças, a fim de se viabilizar, no caso do presente estuda a equiparação da relação homossexual a entidade familiar.

Um dos fatores que influencia diretamente essa nova construção social baseada na diversidade é o advento da sociedade de consumo e o desenvolvimento da sociedade contemporânea, que oferece a possibilidade de transformação da identidade sexual em sexualidade, o que supera o gênero, já que representa a possibilidade plural de manifestação livre do desejo sexual, ou seja, o sexo deixa de ser pecado e passa a exercer um campo aberto de possibilidade na vida dos indivíduos. Nesse novo modelo, a manifestação da orientação homossexual de forma livre e isenta de julgamento e discriminação é mais que um direito, é uma garantia de desenvolvimento pleno da cidadania dentro do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, entende-se que o reconhecimento é uma construção social, influenciado por diversos movimentos sociais, e de forma considerável pelo feminismo em relação ao movimento de gays e lésbicas, que a partir da atuação transformadora das feministas, obtiveram um espaço de atuação e publicidade que posteriormente lhes vai garantir o direito de exigirem respeito e tratamento digno e igualitário, atuação que lhes era furtada enquanto ficavam restritos a guetos isolados.

Contudo a busca por reconhecimento e a obtenção de direitos não é uma tarefa nem fácil nem rápida, posto que se renova a cada novo tempo, e sofre constante repúdio do poder posto e tido como padrão de comportamento aceitável, nessa seara o patriarcado, base sobre a qual a família se estruturou durante longo período da história é um dos mais árduos obstáculos a ser ultrapassado, posto que embora assumindo formações diferentes ao longo do tempo, sempre se mostrou presente na ordem familiar, exigindo um comportamento heterossexual desta entidade particular com atuação pública.

A base religiosa imposta a família fez do casamento uma instituição indissolúvel e restrita apenas a união entre homem e mulher, vez que desde a transformação do sexo em pecado, com o advento do Cristianismo e da Igreja Católica, a família tinha por finalidade a constituição de prole e patrimônio e as relações homossexuais foram banidas da ordem social, sendo os gays e lésbicas perseguidos, mortos, escorraçado e principalmente condenados a uma vida marginal, restrita apenas aos becos das cidades, e ao segredo inconfessável, que a todo custo deveria ser tratado e curado.

A família moderna, ainda de base patriarcal, contudo influenciada pelo movimento feminista, muda sua base de constituição e manutenção, reduzindo a importância do vínculo patrimonial em prol da valorização do vínculo afetivo, e nesse caminho dá origem a família

contemporânea que, tem por principal característica ser plural, ou seja, aceitar uma série de formulações as quais encontram amparo inclusive na legislação.

Nesse sentido, e tendo por base as decisões judiciais, local que se mostrou prodigioso no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, restou traçado o paradigma principiológico constitucional, sobre o qual se assenta toda a interpretação do sistema jurídico nacional, e nesse sentido, fundada na Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy, se verificou que as normas princípios devem ser observadas, na medida do possível ao máximo, e a partir de então, as disposições legais com relação a ordem família deve ser interpretadas de forma extensiva e de acordo com os princípios constitucionais, o que acaba por impor o reconhecimento da família homossexual como entidade familiar, por que existe de fato afeto e comunhão de esforço, associado ao desejo dos sujeitos de viverem em união familiar.

Nesse sentido novamente se afirma, de forma veemente, que considerando a base principiológica da Constituição Federal de 1988, baseados nas disposições do artigo 3º que proíbe qualquer tipo de discriminação aliado ao “caput” do artigo 5º, tem-se que a interpretação do artigo 226 parágrafo 3º, referente aos direitos e garantias da família, deve ser no sentido de garantir o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, ainda que, na inexistência de lei expressa, vez que essa contempla todas as características da união de familiar tipificada pela norma constitucional, razão pela qual deve ser incluída no rol de entidades familiares. Isso tudo embasado também nas teorias de Alexy, acima expostas em conjunção com a Teoria da Interpretação Conforme a Constituição, apresentada por Canotilho, que determina como fundamento necessário para a aplicação das normas a observância das disposições principiológicas que embasa a Constituição, vez que essa representa a mais verdadeiro sentimento de justiça positivado pelo legislador.

Para finalizar a construção do tema proposto, demonstrando a necessidade real e possível de conferir a união homossexual o *status* de família, foi trazido ao debate a legislação vigente em relação a adoção, instituto regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual sofreu alterações em razão da entrada em vigor, em 2009, da Lei Nacional da Adoção, e nesse sentido surge a controvérsia, posto que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção conjunta somente poderá ser requerida por sujeitos casado ou em convivência estável, o que de conformidade com os ditames do artigo 1.723 do Código Civil exige a diversidade de sexos.

A fim de apresentar uma solução para a controvérsia instaurada, abordou-se o princípio da igualdade em seu aspecto formal, ou seja, igualdade na forma da lei e proibição de qualquer tipo de discriminação em razão do sexo, assim como sob a sua ótica material, ou seja, isonomia, a qual fundamenta a promoção de políticas públicas a fim de reduzir ou erradicar qualquer todo tipo de discriminação.

Da análise do princípio proposto, sem exclusão dos demais, pertinentes ao tema, mas não analisados nesta pesquisa, verificou-se que as uniões homossexuais devem ser equipadas a entidades familiares em razão de que não se apresentaram fundamentos justificáveis para a distinção e assim, não considerá-los família equivale a uma discriminação, conduta arbitrária contra a qual se volta todo o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, como forma de demonstrar a aplicabilidade da isonomia e o tratamento dispensado a questão das uniões homossexuais e seus pleitos em prol da adoção, restou, abordar brevemente, o voto do Ministro Ayres Brito, relator da ADI nº 4.722/2011, que analisou a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 1763 do Código Civil de 2002, referente a união estável, e acabou por determinar que o mesmo seja interpretado conforme a Constituição, abrangendo assim, extensivamente, os casais homossexuais.

Da análise do voto conclui-se que o Superior Tribunal Federal do Brasil, maior corte de análise das mazelas da sociedade e do cotidiano do país, atingiu de fato sua maturidade plena, agindo como verdadeiro guardião dos preceitos e da vontade constitucional, em razão de ter determinado que a união homossexual seja reconhecida como união estável, ocupando o rol de entidades familiares, e assim tenha a plenitude dos direitos garantidos inclusive o reconhecimento da adoção conjunta na constituição de sua prole.

Assim, a partir do trabalho desenvolvido, pode-se chegar a inúmeras considerações capazes de construir, em especial duas linhas de defesa diante da possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais: a primeira é que, a própria Constituição Federal de 1988, se analisada em sua principiologia, esta remete ao intérprete a aceitação tanto da família homossexual, quanto da constituição de sua prole, não sendo necessária criação de legislação específica e, segundo, que, a partir do princípio da igualdade formal e material, o Estado tem a possibilidade, baseado neste princípio constitucional, de criar normas e políticas públicas que facilitem a inclusão social dos homossexuais, até então discriminados preconceituosamente.

Nesse sentido, a legalização da adoção por casais homossexuais se constrói tanto a partir da interpretação conferida ao artigo 1.723 do Código Civil, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.277, quanto através da inclusão no Estatuto da Criança e do Adolescente de disposições expressas que garantam a adoção conjunta aos pares homossexuais, representando essa segunda etapa, a efetivação da igualdade material através do desenvolvimento de políticas públicas que coíbam a discriminação, que é, em última análise, a função essencial do Estado no sentido de promover a igualdade plena.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANGELIN, Rosângela. O reconhecimento da identidade multicultural diante da dignidade da pessoa humana. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Orgs.). **Multiculturalismo em foco**. Santo Ângelo: Ediuri, 2010.
- ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. A construção da equidade nas relações de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: avanços e desafios. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL' OMO, Florisbal de Souza (Orgs.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- ANGELIN, Rosângela; SIKORA, Rogério Moraes. A contribuição das teorias interpretativas da constituição de Häberle e Hesse para a efetivação dos direitos de cidadania das mulheres. In: GALIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália Formagini (Orgs.). **Direito contemporâneo em pauta**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: URI – Campus Santo Ângelo, 2012.
- ANJOS, Gabriela dos. **Identidade sexual e identidade de gênero: subversão e permanência**. Sociologia, n. 4, Porto Alegre, jul./dez., 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-4522200000200011&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 30 jun. 2012.
- APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: analisando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- ARAÚJO, Rita de Cassia Barbosa de. O voto de saias: a constituinte e a participação da mulher na política. In: **Estudos avançados**. v. 17, n. 49, São Paulo, set./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300009&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 ago. 2012.
- AUAD, Daniela. **Feminismo: que história é essa?** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro: relações entre homens e mulheres**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.
- BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2005.
- BÍBLIA. Juízes, 19, 22-24. **Bíblia Sagrada**. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BONACCHI, Gabriela; GROPPI, Ângela. **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. Tradução Álvaro de Lorencci. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Estudos avançados**. v. 14, n. 40. São Paulo, set./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 ago. 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. Conferência do prêmio Goffman: a dominação masculina revisitada. Universidade da Califórnia, Berkeley. In: LINS, Daniel (Org.). **A dominação masculina revisitada**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papirus, 1998a.

_____. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998b.

BRASIL. Código Civil Brasileiro / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curi, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade Mecum**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Decreto-lei n. 220/1975. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Lei nº 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre: institui o Código Civil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/anterior-a-1960#content>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 07 ago. 2012.

_____. Lei nº 3.133 de 9 de maio de 1958. Dispõe sobre: atualiza o instituto da adoção prescrita pelo Código Civil. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/anterior-a-1960#content>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Dispõe sobre: institui o Código de Menores. **Presidência da República**. Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/anterior-a-1960#content>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direto de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II, 5. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2006.

CATONNE, Jean-Philippe. **A sexualidade, ontem e hoje**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 5, São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. In: BARROS, Myrian Lins (Org.). **Família e gerações**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental a homoafetividade**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/.../24_-_direito_fundamental_%E0>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homossexual: o preconceito e a Justiça**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. **O prazer sagrado**: sexo, mito e a política do corpo. Tradução de Ana Luiza Dantas Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. rev., São Paulo: Editora Escala, 2005.

FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. **Gênero e desigualdade**. São Paulo: Ed. Sempreviva Organização Feminista, 1997.

FÁVERI, Marlene de; TANARA, Teresa Adami. Divorciados na forma da lei: discursos jurídicos nas ações judiciais de divórcio em Florianópolis (1977-1985). **Revista de Estudos Feministas**, v. 18, n. 2, Florianópolis, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2010000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jul. 2012.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 21. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

_____. **A história da sexualidade II**: o uso dos prazeres. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 46. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

HAHN, Noli Bernardo. A questão do sujeito e o sujeito em Alain Touraine. **Revista Direitos Culturais**, v. 3, n. 4, Santo Ângelo, 2008.

HAHN, Noli Bernardo; AIMI, Volimar. A bíblia, a homossexualidade e o direito. In: BERTASO, João Martins. (Org.). **Cidadania e Interculturalidade**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania e interculturalidade”. Santo Ângelo: Furi, 2010.

HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, patriarcado e a violência contra a mulher: a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “Cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento”. Santo Ângelo: Furi, 2009.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAWKES, Gail. *A sociology of sex and sexuality*, Philadelphia: Open University Press, 1996. Apud: RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Páginas de Direito**, 07 ago. 2008. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/191-artigos-ago-2008/5798-a-incessante-travessia-dos-tempos-e-a-renovacao-dos-paradigmas-a-familia-seu-status-e-seu-enquadramento-na-pos-modernidade>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado no Instituto Antônio Houaiss Lexicografia e banco de dados de Língua Portuguesa S/C LTDA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

KEITEL, Ângela Simone Pires. **Movimento(s) homossexual(is): a luta do homossexual no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito (Programa de Pós-Graduação strictu sensu – Mestrado). Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Santo Ângelo, 2010.

KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L. **O indivíduo na sociedade**. Um manual de psicologia social. Vol. 2. Tradução de Dante Moreira Leite e Miriam L. Moreira Leite. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1975.

KROEBER, A. L. *Anthropology: race, language, culture, psychology*. Ed. Rev., Nova York: Harcourt, Brace, 1948. In: KRECH, David.; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L.; **O indivíduo na sociedade: um manual de psicologia social**. Vol. 2. Tradução de Dante Moreira Leite e Miriam L. Moreira Leite. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1975.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os direitos homossexuais e tratamento isonômico perante a previdência social: o caso Ministério Público Federal x Instituto Nacional de Previdência Seguro Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luiz (Org.). **Homossexualidade, cultura e política**. Porto Alegre: Sulinas, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOREA, Roberto Arruda. Casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual. **Revista Estudos Femininos**, v. 14, n. 2, Florianópolis, maio/set. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200009>. Acesso em: 01 jan. 2012.

MADERS; ANGELIN, 2010, p. 101. Ver também o capítulo: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. Igualdade e especificidade. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Orgs.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 10, n. 19, p. 01-115, jul./dez., 2010.

MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro, Ed. Gramond, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORRIS, Jan. **Conundrum**. New York, Harcourt, Brace, Jovanovich, 1974, p. 165-166. Apud: BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

NARVAZ, Marta Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Família e patriarcado: do princípio normativo a subversão criativa. UFRGS. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 1, Porto Alegre, jan./abr. 2006, p. 49-55. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. O judiciário diante dos desafios das novas entidades familiares e o novo direito de família. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, 2008.

PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Tradução: Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

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

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

RUETHER, Rosemary R. **Sexismo e religião**: rumo a uma teologia feminina. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1993.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e a maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 4. reimp. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

SIKORA, Rogério Moraes; ANGELIN, Rosângela. Relação de gênero e dignidade da pessoa humana no Estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção de equidade de gênero. In: **Direitos Culturais**, v. 5, n. 9, jul./dez. 2010. Santo Ângelo: Ediuri, 2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito civil constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1995.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru, SP: EDUSC, 1998.

_____. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VINTEUIL, Frédérique. Marxismo e feminismo. In: VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989.

VINTEUIL, Frédérique; OLIVARES, Rosa; GODINHO, Tatau. **Cadernos democracia socialista, marxismo e feminismo**. São Paulo: Ed. Apartes, 1989.

WOODWARD, Hathyn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2000.

ZAMBRANO, Elizabeth (Coord.). **O Direito à homoparentalidade**. Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Instituto de Acesso a Justiça, 2006.

ANEXO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL