

A (IM)POSSIBILIDADE DE CASAMENTO ENTRE HOMOSSEXUAIS – ENTRE O JURÍDICO E O QUE DIZEM QUE JURÍDICO É*

GUILHERME WÜNSCH**

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista IPA

SUMÁRIO: Introdução. 1. O repetir de velhas fórmulas - casamento e homossexualidade: um silêncio eloquente. 2. O direito à celebração do casamento entre homossexuais como dimensão de eficácia dos direitos humanos e fundamentais. Conclusão. Bibliografia. Outros documentos. Referências legislativas.

INTRODUÇÃO

Estudar as relações humanas é algo que, em princípio, parece complicado. Isso porque as pessoas carregam consigo juízos valorativos que as conduzem em todos os atos da vida. Via de regra, casar é um ato que as pessoas realizam em suas vidas. É nesse momento que duas pessoas transformam em realidade um planejamento conjunto com expectativas para uma vida inteira. Até então, todo este discurso nos soa de forma normal. Mas, supondo que esse desejo de construir uma vida conjunta, de formar um laço familiar, queira ser exercido por duas pessoas do mesmo sexo. Neste momento, a expressão muda, e coloca-se a reflexão: será que isso é possível?

Tal pergunta nem merece apenas uma resposta jurídica, mas sim uma que venha da consciência de quem está observando a situação. Digamos que nesse caso, seja a sociedade quem compartilhe de tal circunstância. Ao olhar de

* Prêmio AJURIS Direitos Humanos – Edição 2007 – Trabalho Premiado.

** Aluno do 8º semestre Curso de Direito do Centro Universitário Metodista IPA. Orientando da Professora Simone Tassinari Cardoso.

algumas pessoas, assim como da Igreja católica o ato de casamento homossexual é reprovável, afinal, “crescei e multiplicai-vos, e enchei a terra, e tende-a sujeita a vós, e dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, e sobre todos os animais que se movem sobre a terra”.¹ Ou seja, como duas pessoas do mesmo sexo podem cumprir tal mandamento bíblico? Mais do que isso, como buscar a solução para esse questionamento quando se consideram aspectos religiosos, sociais e jurídicos?

Assim, surge a vontade de entender onde está no ordenamento jurídico a vedação ao casamento homossexual. Na verdade, a grande missão seria descobrir se realmente há tal impedimento. Para se chegar à proposta desse escrito, será necessário passar (e passar) pelas questões legislativas do casamento, sob o enfoque do nosso Código Civil, assim como do Código Canônico, para se ter a certeza de que a lacuna existente ao trato do casamento homossexual já está e sempre esteve preenchida, pelo legislador e pela sociedade.

Talvez o maior questionamento dessas linhas esteja expressa em uma passagem de Paulo Luiz Netto Lôbo onde afirma que “o pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações da Constituição brasileira, relativamente ao direito de família, encontra-se ainda cercada de perplexidade quanto a dois pontos centrais: a) há hierarquização axiológica entre elas?; b) constituem elas *numerus clausus*?”²

Eis aqui a primeira estrada para seguir.

1. O REPETIR DE VELHAS FÓRMULAS – CASAMENTO E HOMOSSEXUALIDADE: UM SILÊNCIO ELOQUENTE³

1.1. A nova aceção de família e o Ordenamento Jurídico Brasileiro – um novo desenho em velhas molduras

Tratar da atual aceção de família implica necessariamente em estudar o que é família. Pietro Perlingieri afirma que a família como formação social é garantida em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.⁴ Para o autor, “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”. Desta forma, a função serviente da família deve ser realizada de forma integrada na sociedade, merecendo tutela em nome do princípio da dignidade, da igualdade e da democracia. A família deve ser respeitada, pois inspira-se “como qualquer formação social, no princípio da democracia”.⁵

¹ Passagem bíblica do Antigo Testamento, Gênesis 1:28.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*.

³ Tal expressão é trazida por LARENZ, Karl em sua teoria acerca da ciência do direito e sua interpretação. Para mais esclarecimentos, vide obra *Metodologia da Ciência do Direito*. Ed.: Fundação Calouste Gulbenkian.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 244.

⁵ *Ibidem*. p. 246.

Kant, em sua *Metafísica dos Costumes* afirma que “a união sexual de acordo com a lei é o casamento (*matrimonium*), isto é, a união de duas pessoas de sexos diferentes para a posse por toda vida dos atributos sexuais recíprocos”.⁶ Este entendimento, todavia não se coaduna com o atual ideário de família. Maria Cláudia Crespo Brauner traz que:

*A pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de relação merecem, igualmente, a proteção jurídica, implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade que vem personificar a sociedade pós-moderna.*⁷

Neste sentido, há uma abertura conceitual, consubstanciada a partir da Constituição Federal de 1988, a qual permite que relações familiares antes condenadas adquiram visibilidade, pois é a busca pela felicidade, aliás, numa verdadeira configuração do afeto como valor jurídico, é que se oportuniza a aceitação da sociedade para com as novas formas familiares. Para Silvana Maria Carbonera, “a noção de afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando gradativamente no jurídico, assim como outras tantas: liberdade, igualdade e solidariedade”.⁸ Assim sendo, o indivíduo passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico. É dentro desse novo arranjo que surge a família homoparental, no qual o vínculo afetivo se dá entre pessoas do mesmo sexo.

Diante deste cenário, uma nova pergunta se propõe: esta nova aceção de família está caminhando para o reconhecimento do casamento homossexual? Mesmo considerando a questão principiológica-normativa, a realidade mostra que se prefere manter vinculação com os laços tradicionais, talvez, pelo medo do novo, de aceitar que o fato existe.

1.2. A tentativa de entendimento do *mens legis*: legislação e doutrina

O vigente Código Civil estabelece em seu artigo 1.511 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Ainda, traz em seu artigo 1.514 que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.⁹ Interessante observar que o Código alude à expressão “momento

⁶ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. p. 122.

⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família*.

⁸ CARBONERO, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*.

⁹ A título ilustrativo, quer-se mostrar que o diploma civilístico está completamente arraigado na visão clássica de casamento e família. Assim, transcrevem-se os artigos atinentes à matéria em que aparecem as palavras homem e mulher. O artigo 1.514, como aludido, expressa que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher (...)”. Já o artigo 1.517 reza que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar (...)”. Ainda, pode-se trazer o artigo 1.535, parte final, o qual reza que “(...) o presidente do ato, ouvindo os nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, proferindo os seguintes termos: de acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei vos

em que o homem e a mulher manifestam”, ou seja, busca, de certa forma, mostrar que a relação de casamento é heterossexual. Todavia, essa expressão não significa uma delimitação quanto aos sujeitos capazes de casar, pois uma das interpretações possíveis da expressão “homem e mulher” não significa a exclusão do casamento entre homossexuais, mas sim a possibilidade de tanto homens quanto mulheres contraírem matrimônio.

Em interpretação contrária, o Código Civil estaria ferindo de morte a Constituição, que veda qualquer tipo de discriminação, e, ainda, traz o princípio da liberdade como concretizador da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, cabe ao sujeito de direito escolher qual entidade familiar deseja formar a fim de que a construa para salvaguardar sua existência digna.

São os princípios os elementos que embasam o sistema constitucional, remodelando a interpretação da lei, tendo em vista que adquirem um caráter normativo, não servindo apenas de base para orientação da legislação infraconstitucional. A interpretação, neste processo de reconstrução, representa o sentido encontrado pelo sujeito-intérprete diverso do texto positivado, já fixado, concretizando-se de nova forma, formando um novo sentido dialético do processo de interpretação. Assim sendo, os princípios adquirem uma carga de eficácia imediata, ratificando o caráter normativo da Constituição. Juarez Freitas coloca que,

*a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.*¹⁰

O princípio da interpretação conforme a Constituição propaga que a lei deve ser interpretada sempre à luz do Texto Maior, eis que desvela de forma plena os valores jurídicos, propiciando uma abertura do sistema jurídico, abandonando a visão essencialmente positivista que não considerava a proteção da personalidade humana. Nesta busca reflexiva, é possível afirmar que o ideário de interpretação da lei segundo os ditames principiológicos contempla o pensamento de Maria Aracy Menezes da Costa para qual a dignidade defende a pessoa de qualquer ato degradante, de modo que a Justiça surge do caso concreto.¹¹

Quanto à questão conceitual, cabe observar os posicionamentos de alguns doutrinares acerca do casamento. Orlando Gomes, traz que “casamento é vínculo jurídico

entre um homem e uma mulher, de base sexual, nascido do seu consentimento, do qual resultam direitos e deveres peculiares para os que o contraem e os que nascem dessa união”¹². Em suma, casamento é a união entre homem e mulher onde está legitimada a união sexual. Kant afirma que “a união sexual natural ocorre ou de acordo com a mera natureza animal (vaga libido, venus volgívaga, fornicatio) ou de acordo com a lei(...) se um homem e uma mulher desejam gozar os mútuos atributos sexuais, devem necessariamente casar (...)”¹³.

Caio Mário propõe-se a conceituar o casamento como “a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”¹⁴. É evidente que a doutrina clássica não vislumbra a hipótese do casamento que não seja realizado entre homem e mulher com finalidades procriativas. Assim, entendem que a mensagem do legislador foi de realmente deixar positado que o casamento é a instituição clássica de formação familiar, vinculada a uma obrigação moral, que não comporta igualdade de sexos, eis que impossibilitariam a sua principal função.

E, mesmo com a exigência constitucional de igualdade, liberdade, e, sobretudo, de dignidade, o próprio Código Civil de 2002 dedicou-se a manter a visão clássica de casamento, deixando inúmeras possibilidades de interpretação, frente aos conceitos já apresentados. Maria Berenice Dias alude que o Código Civil “não traz qualquer definição e nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. Também não identifica o sexo dos nubentes. (...) A sacralização do casamento faz parecer que esta seja a única forma de constituir a família. Mas é à família, e não ao casamento que Constituição chama de base da sociedade merecedora da atenção especial do Estado (CF 226)”.¹⁵

A Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) em seu artigo 67 reza que:

Art. 67. Na habilitação para o casamento, os interessados, apresentando os documentos exigidos pela lei civil, requererão ao oficial do registro do distrito de residência de um dos nubentes, que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para se casarem.

A lei dos Registros Públicos olvidou em nominar para a habilitação do casamento a presença do homem e da mulher, de modo a trazer a expressão “os interessados”.

A doutrina atual entende que a *mens legis*¹⁶ foi tratar não apenas do casamento como entidade familiar, mas reconhecer a formação de novos núcleos familiares, na interpretação moldada pela Constituição Federal. Nesta nova visão, o afeto é valorado

¹² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. p. 38 et seq. ed. 1968.

¹³ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. p. 122.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. p. 51.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. p. 142.

¹⁶ A *mens legis*, portanto, está ultrapassada em matéria de interpretação, servindo apenas para uso dos operadores do direito que não enxergam o movimento de abertura pelo qual passa o Direito como um todo haja vista a repersonalização das relações e a constitucionalização do Direito Privado.

declaro casados”. O artigo 1.565, por sua vez, traz que “pelo casamento, *homem e mulher* assumem mutuamente a condição de consortes (...)”; a disposição do artigo 1.567 expressa que “a direção da sociedade conjugal será exercida em colaboração pelo *marido e pela mulher*, sempre no interesse do casal e dos filhos”. Ademais, o artigo 1.723 “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre *homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”.

¹⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. p. 60.

¹¹ COSTA, Maria Aracy Menezes da. *A obrigação alimentar dos avós*.

juridicamente em detrimento do patrimonialismo. Dessa forma, sobreposta à lógica essencialmente patrimonialista está a afetividade como valor jurídico. Para Paulo Luiz Netto Lôbo,

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário.¹⁷

1.3. Em nome do pai, da mãe e do filho: a religião e o direito canônico como instrumentos de influência nas relações familiares – o pecado e a lacuna jurídica

Ao se definir o direito como norma, está se delimitando a ciência jurídica em face da ciência natural¹⁸, isto porque ao lado das normas jurídicas há as normas sociais que regulam as condutas humanas. Tais normas podem ser abrangidas pela Moral, onde a Justiça será a exigência da Moral.

Segundo Kelsen, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. (...)”^{19a}. Todavia, sempre se reconheceu que a lei, mesmo que pensada, não oportuniza uma solução para cada caso concreto, ou seja, “toda lei contém inevitavelmente lacunas”.²⁰ A intenção do intérprete não é apenas desenvolver a norma, mas expressar o significado que está incluído no texto, que é a atitude típica do intérprete que deseja fazer com que o texto se comunique com seu receptor, desde que o mesmo compreenda a sua linguagem.

O conceito de lacuna da lei não assinala o limite do desenvolvimento do direito em absoluto, mas sim o seu limite frente à lei, mediante a teleologia a ser alcançada por esta. Se assim fosse, poder-se-ia pensar que a lacuna só existe quando a lei não contenha regra para alguma determinada configuração fática, ou seja, é quando a lei se mantém em silêncio. Mas há também, como traz Larenz²¹, um silêncio eloqüente da lei, onde existem casos para os quais a lei contém uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal, mas que não se enquadra segundo o seu sentido. A idéia de lacuna está intimamente ligada à Codificação do Direito dos séculos XVIII e XIX e existirá sempre que falte pelo menos uma regra para tutelar alguma questão.

Ou seja, é a idéia do dogma da completude, onde o juiz estará apenas vinculado

àquilo que a lei trouxer como solução ao caso posto. Norberto Bobbio refere que,

Um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.²²

Mais uma vez, Larenz traz que “uma lei é lacunosa ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva, e, neste sentido, completa, bem como materialmente adequada.”²³

Desta lição, o doutrinador diferencia a lacuna da lei da lacuna do Direito. Esta última ocorre não quando uma lei não está completa em si, mas com todo o conjunto da ordem jurídica, pois deixa de regular todo um setor. Ao objeto deste estudo importa a existência das lacunas patentes e ocultas.

Há uma lacuna patente quando a lei não contém regra alguma para um grupo de casos que lhes seja aplicável, mesmo que, segundo a própria finalidade da lei, devesse existir tal regulação. Ou seja, não há lei expressa que regule o casamento homossexual, mas a finalidade da lei é atender aos fins sociais, de modo a providenciar a existência digna dos sujeitos, e, portanto, tal fato gera a necessidade de uma regulação, pois do contrário, não teremos uma lacuna da lei, mas sim uma lacuna do Direito que deixa à margem todo um setor da ordem jurídica, como se referendou acima. Por sua vez, a lacuna oculta é aquela em que se verifica a ausência de uma restrição. É aqui que se chega a um ponto de interrogação fundamental: tem-se no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo uma lacuna oculta?

Tal questionamento pode gerar duas correntes obviamente antinômicas: a primeira que sustentará que não existe no ordenamento jurídico uma restrição ao casamento homossexual, tendo em vista que não houve nenhum dispositivo que vedasse expressamente a celebração deste ato. Ademais, em nome da dignidade da pessoa humana, não poderia uma lei se sobrepujar ao Texto Maior. A segunda corrente sustentará que o fato do legislador não prever a celebração do casamento homossexual significa a sua proibição, pois se o legislador cria a norma segundo a sua observação dos fatos sociais, movidos pela relação entre direito e moral, não se pode conceber que dois homens ou duas mulheres venham a se casar, pois este comportamento não se coaduna com a moral da sociedade, por assim dizer.

Assim, olhar sistematicamente o direito é afirmar seu conteúdo teleológico²⁴. Disto, depreende-se que a interpretação sistemática é um dos cânones da interpretação jurídica. Destarte, junto da interpretação em conformidade com o sistema, surge a necessidade de

¹⁷ Neste sentido, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. p. 180.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 67.

¹⁹ *Ibidem*. p. 390.

²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 519.

²¹ *Ibidem*. p. 525.

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 115.

²³ *Op cit.*. p. 532.

²⁴ Para maiores orientações, CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 154.

completar as lacunas de acordo com ele.²⁵ Neste caminhar, já pode-se adentrar em outra esfera fundante e fundamental ao estudo proposto, qual seja, a influência da religião na formação familiar e o seu possível papel de agente supressor de uma lacuna.

O Código Canônico define o matrimônio no Cânone 1055 – §1º, o qual reza,

Cân. 1055 – § 1º. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados por Cristo Senhor elevado à dignidade do sacramento.

Da leitura desta norma infere-se que o casamento é a formação eterna em que homem e mulher se aliam para gerar e educar filhos. Fora desta conclusão, não existe dignidade do sacramento²⁶. Assim, família formada pelo casamento homossexual é a tradução pura do pecado, pois “aquele que dormir com macho, abusando dele como se fosse fêmea, morram ambos de morte, como quem cometeu um crime execrável: o seu sangue recai sobre eles”²⁷. Afinal, Deus criou Adão e Eva e não Adão e Pedro ou Maria e Madalena.

2. O DIREITO À CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO ENTRE HOMOSSEXUAIS COMO DIMENSÃO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

2.1. A eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais em matéria de Direito de Família – uma reflexão necessária

Roger Raupp Rios²⁸, realiza uma interessante abordagem sobre a as concepções da homossexualidade, destacando quatro perspectivas: pecado, doença, diferenciação e construção social. Nas próximas linhas, irá se abordar, de forma breve, as idéias trazidas.

Primeiramente, a homossexualidade como pecado está ligada à prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, sendo moralmente reprovável, e religiosamente pecaminosa. Assim, ceder aos prazeres da carne significa abandonar a Deus, obstando a evolução espiritual que busca o perdão pelo cometimento do pecado original. Tais atos são as tentações decorrentes da luxúria.

O segundo viés da homossexualidade está relacionado à doença. Por esta concepção, os atos são tidos como uma doença que acomete o indivíduo, identificando-o como

²⁵ Canaris reflete que na interpretação criativa do direito as construções legais incluem em si, valores. Desta forma, as lacunas de valores, implicam, necessariamente, lacunas no sistema. Desse pensamento pode-se traçar a relação com a Metodologia de Larenz quando nos traz a ideia de lacuna do Direito, onde a falta de regulamentação não significa apenas um vazio legislativo, mas sim um vazio de todo o ordenamento.

²⁶ Interessante a questão da dignidade do sacramento. Na verdade, não importa a dignidade da pessoa humana que busca na família a sua realização pessoal. O que realmente importa é a manutenção do sacramento enquanto instituição sagrada e que deve ser preservada pela sociedade.

²⁷ Bíblia, Levítico 20:13.

²⁸ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. p. 99.

homossexual, em contraposição a um ser humano normal, chamado de heterossexual. Essa visão científica tem seu auge no final do século XIX, onde as pesquisas médicas perdem o interesse em estudar a valoração moral das condutas e centralizam-se no sexo como objeto de estudo. Assim sendo, o que antes era visto como imoral e pecaminoso, agora é doença, e, portanto, passível de tratamento. A homossexualidade como critério de diferenciação surge oriunda das mudanças sociais e econômicas, as quais moldaram a gênese de um grupo específico social denominado homossexual. Há que se ressaltar que as expressões acima referidas possuem sentidos diferentes, eis que se entende que direitos fundamentais são os direitos que estão escritos na lei interna de cada Estado, mormente na Constituição. Já direitos humanos indicam os direitos naturais configurados nas declarações internacionais. Como magistralmente nos coloca o Professor Ingo Sarlet²⁹

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Os direitos fundamentais são fruto de reivindicações, oriundas de situações de injustiça aos bens fundamentais inerentes aos seres humanos, pois sem o reconhecimento dos direitos fundamentais não há como existir uma ordem democrática, onde não haverá um espaço livre para desenvolvimento da igualdade e liberdade humana. Assim, só se pode vislumbrar a figura dos direitos fundamentais dentro de uma ordem constitucional.

Para Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”.³⁰ Esta é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, num contexto em que se exprimem valores que o Estado deve respeitar, promovendo uma proteção global dos direitos fundamentais, de modo que atinjam todo o ordenamento jurídico.

Não cabe à sociedade marginalizar a relação homossexual, pois a liberdade não é apenas um princípio fundamental aplicado apenas na esfera interna de um Estado, mas sim um direito positivado na Declaração dos Direitos Humanos:

Prêmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 33.

³⁰ *Ibidem*. p. 353.

liberdade, da justiça e da paz no mundo;

(...).

Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Da leitura destes excertos da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 tem-se com clareza que o casamento homossexual pode ser celebrado sim, pois não há nenhum diploma superior capaz de impedi-lo de forma explícita. O silêncio eloquente que se apresentou anteriormente deve ser preenchido pelo olhar da igualdade e liberdade e não pelo olhar da discriminação. Desta forma, inúmeros países já se mobilizam para reconhecerem a formação familiar formada por indivíduos do mesmo sexo, como, por exemplo, a Holanda no ano de 2002; Bélgica em 2003; Canadá; países do norte da Europa, como, por exemplo, Dinamarca, Noruega, Suécia, Islândia e Finlândia; a França em 1999; Portugal e Alemanha em 2001; Croácia em 2003; Grã-Bretanha e Nova Zelândia em 2004; Suíça, EUA (Estado de Massachusetts em 2004 reconheceu o casamento homossexual) e Argentina em 2003³¹.

Assim, os direitos humanos devem ser legitimados, pois garantem "um mínimo ético a ser respeitado pelo direito positivo"³², assim como pelos agentes sociais. É preciso refletir, ademais, se tal discurso de legitimação justifica os direitos humanos. Ou seja, há um mister em legitimar os direitos humanos para que os mesmos possam responder às perguntas formuladas pelo direito positivo. Em outras palavras, o direito positivo pergunta: como celebrar um casamento homossexual frente à possível ausência de norma regulamentadora? A resposta é dada considerando-se a legitimação dos direitos humanos, reconhecidos globalmente, a partir do pressuposto da existência digna do ser humano, o qual não pode ser privado de formar uma família em função de uma norma que consegue existir inexistindo.

2.2. Liberdade, igualdade e solidariedade – as idéias revolucionárias à luz constitucional: Brasil, um estado laico?

³¹ Dados retirados da matéria *Veja países que já legalizaram uniões homossexuais – Folha On line*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/turismo/noticias/ult338u5119.shtml>. Acesso em 19/09/2007.

³² SILVA, Alexandre Garrido da. *Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso*. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. p. 14.

Nesta nova fronteira é preciso analisar se efetivamente o Estado Brasileiro consegue assegurar os direitos humanos e fundamentais nas relações familiares de modo a ser um estado laico, ou se a laicidade ainda é algo que esteja distante de nosso modelo democrático de Estado. Para que se faça uma análise mais aprofundada, é interessante trazer como cenário as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade oriundas da Revolução Francesa, a sua implicação no campo da homossexualidade, para que se possa analisar a questão da separação entre Igreja e Estado.

No tópico anterior aludiu-se ao artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde todos os seres humanos devem relacionar-se uns com os outros pelo espírito da fraternidade. Essa disposição parece estar vinculada ao ideário revolucionário de 1789 – Liberdade, Igualdade e Fraternidade.³³ Estes três princípios só adquirem força se forem entendidos como condição de possibilidade da existência humana, devendo estar unidos e se inter-relacionando. Por exemplo, não existe liberdade sem igualdade.

Nesta seara, os direitos de solidariedade e fraternidade têm implicação universal e que exigem uma responsabilização em escala mundial para serem efetivados. Não apenas a solidariedade desempenha um papel importante nesta formação valorativa, mas a liberdade, eis que se traduz na possibilidade de escolha, onde o homem atribui um significado a si mesmo, devendo ser a liberdade essencial à condição humana. Assim, os direitos fundamentais não podem sofrer limitação pelo Estado, pois a pessoa deve ter o direito de se desenvolver numa sociedade democrática ordenada, de modo a agir dentro daquilo que entende por ser justo.

A secularização do Estado e as suas implicações constituem um processo histórico relevante na formação das ditas sociedades modernas. A separação Estado-Igreja não só faz parte desse processo como o impulsiona³⁴. Assim, o Estado, além de adquirir autonomia em relação ao grupo religioso ao qual se aliava, amplia ainda mais sua dominação jurídica e política sobre a esfera religiosa. É de se girar que a separação Estado-Igreja, por meio da secularização e a defesa estatal da liberdade religiosa propiciaram a efetivação de grandes mudanças no campo religioso como se conhece atualmente, eis que desvincula a lei e a atuação do Estado influenciados pela doutrina religiosa. Segundo Roberto Lorea,

*A pretensão da Igreja Católica, manifestada pelo papa, de interferir nos assuntos de Estado para tentar impor a sua visão de mundo, fere o princípio da separação entre Estado e Igreja e deve ser rechaçada pelos agentes políticos do Estado. Aceitar essa interferência é preparar o terreno para um regime fundamentalista, como se tem visto em vários países que estão sob forte influência religiosa.*³⁵

³³ Heiner Bielefeldt diz que o terceiro elemento, a fraternidade, deveria ser hoje substituído por solidariedade in *Filosofia dos direitos humanos*. p. 110.

³⁴ Conforme Ricardo Mariano in *Secularização do Estado, liberdades e pluralismo religioso*.

³⁵ Tal citação de Lorea é feita em CASTILHOS, Washington. *Laicidade à prova*.

O Brasil é um estado laico. Utiliza-se um ponto final nesta assertiva, mas é possível oisar e colocar um ponto de interrogação, pois, diante de algumas questões, é nebulosa a separação entre o Estado Democrático e a Igreja. Veja-se o texto contido no preâmbulo da Constituição de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...) promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Se realmente o Estado democrático brasileiro pretendesse ser laico não vincularia a liberdade da formação familiar à religião desta forma, pois assim, realmente, jamais se conseguirá construir qualquer ideário que permita o casamento formado por indivíduos do mesmo sexo. Para qual lei todos são iguais?

Veja-se o que diz Dom Sinésio Bohn, “a igreja é a família de Deus. Nesta família ninguém é excluído, ela é a casa de todos os filhos e filhas de Deus”³⁶. Isso quer dizer que se todos são filhos de Deus e ninguém pode ser excluído, não pode haver preconceito. Se o homossexual é um pecador, que merece castigo, e ser excluído da palavra divina, tem-se quatro constatações:

- 1 – homossexual não pode ser reconhecido como filho de Deus;
 - 2 – há preconceito contra homossexuais, logo, para eles, não existe igualdade;
 - 3 – a Igreja Católica apresenta alguns atos contraditórios;
 - 4 – somos um estado laico vinculado a uma visão jurídica calcada na religião.
- É preciso algumas considerações acerca dos quatro apontamentos acima.
- 1 – homossexual não pode ser reconhecido como filho de Deus.

No capítulo primeiro deste artigo, houve a citação de uma passagem do Livro de Levíticos em que se condena como pecado a relação havida entre pessoas do mesmo sexo. De fato, ao considerar-se aquele versículo a conclusão é simples, o homossexual não é digno do perdão divino, por afrontar o princípio de crescer e multiplicar. Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. Deus era homossexual? Em que pese o choque deste questionamento é o único sensato para se refletir. Se Deus fosse homossexual ele mesmo se auto-excluiria de seu reino. Se o perdão é para todos, porque o homossexual não é filho de Deus? Muito provavelmente na época de Cristo havia muitos homossexuais, ou então não se precisaria “positivar” que um macho não deve usar do outro como se fêmea fosse.

Mas, não é esta a lógica. Se se positivou a prática pecaminosa da homossexualidade, é porque o homossexual não merece a redenção divina. Então, Deus não era homossexual, e o homossexual criado à sua semelhança é alguém que não se pode definir.

- 2 – há preconceito contra homossexuais, logo, para eles, não existe igualdade.

A sociedade condena a prática homossexual, logo, inviabiliza o casamento realizado

entre pessoas do mesmo sexo. Ao não se aceitar a existência digna de pessoas iguais sexualmente, não se aceita o princípio da igualdade. Logo, “nesta família”, como apresentou o Dom Sinésio também não há igualdade. A Constituição Federal assegura o princípio da igualdade sob a proteção de Deus, a teor do preâmbulo constitucional. Consagra no artigo 3º a vedação à discriminação e no artigo 5º um catálogo de direitos fundamentais, dentre os quais a igualdade. Já não se sabe mais que igualdade é essa.

Ahíás, pode-se dizer que a igualdade é para aqueles que agem de forma normal. O desigual não poderá ser igual, pois não é normal. O homossexual é desigual, nunca poderá ser heterossexual, logo, normal. É claro que o princípio da igualdade no Direito Brasileiro assegura diversos direitos às relações familiares, desde que sejam heterossexuais.

- 3 – a Igreja Católica apresenta alguns atos contraditórios.

Na verdade, já se abordou essa questão, cujo ponto principal é o fato da Igreja vedar a discriminação ao mesmo tempo em que condena o casamento homossexual. Está longe o dia em que o clero irá aceitar que a realidade existe e que as pessoas devem ser protegidas sem distinções. Afinal, Deus não distinguia as pessoas, perdoava aos pecadores, impedia que se atirassem pedras em quem errasse. Por que assumir uma posição extremamente radical, a ponto de se adotar uma teoria e praticar outra?

- 4 – somos um estado laico vinculado a uma visão jurídica calcada na religião.

Essa é a premissa mais importante. O Brasil desvinculou-se falsamente da Igreja, pois adota concepções tão tradicionais quanto às apresentadas pela ordem eclesiástica. Ao não proteger a tráfide principiológica revolucionária em todos os sentidos, não permite olhar para o ser enquanto ser.

Assegura-se a liberdade de crença, mas não a liberdade sexual. Um estado democrático que não assegura direito fundamental e humano simplesmente constitui-se em falácia jurídica, ineficaz frente aos anseios sociais. É uma questão importante e que merece ser debatida nos bancos acadêmicos.

2.3. Código Canônico – um possível Código Civil? ou Código Civil – um possível Código Canônico?

A doutrina clássica de Orlando Gomes traz ao marido caberia chefiar a sociedade conjugal, representar a família, administrar os bens comuns e alguns da mulher, fixar o domicílio da família³⁷, enquanto que à mulher caberia função especializada como o poder doméstico. O marido era superior à mulher e exercia sobre ela a autoridade que legitimava, se preciso fosse, o uso da violência para fazer cumprir as suas ordens.

Em tese, hodiernamente, o casamento pressupõe condição de igualdade entre os cônjuges. A seguir, tabela comparativa entre o Código Civil e o Código de Direito Canônico, em alguns artigos:

³⁶ Bohn, Sinésio. *Família e cantinho de Jesus*.

³⁷ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. p. 116 et seq.

TABELA 1

CÓDIGO CIVIL DE 2002	CÓDIGO CANÔNICO
Art. 1565 – Pelo casamento, <i>homem e mulher</i> assumem a condição de <i>consortes</i> , companheiros e responsáveis pelos encargos da família.	Cân. 1055 – §1. O pacto matrimonial, pelo qual <i>homem e mulher</i> constituem entre si o <i>consórcio de toda vida</i> , por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento.
Art. 1534 – A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos 2 (<i>duas</i>) <i>testemunhas</i> , parentes ou não dos contraentes, ou, <i>querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular</i> .	Cân.1108 – §1. Somente são válidos os matrimônios contraídos perante o Ordinário local ou pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente, e, além disso, perante <i>duas testemunhas</i> (...) Cân.1115 – Os matrimônios sejam celebrados na paróquia onde uma das partes contraentes tem domicílio (...); <i>com a licença do próprio Ordinário ou do próprio pároco, podem ser celebrados em outro lugar</i> .
Art.1567 – A direção da <i>sociedade conjugal</i> será exercida, em <i>colaboração</i> pelo marido e pela	Cân. 1135 – A ambos os cônjuges competem <i>iguais deveres e direitos</i> , no que se refere ao consórcio da <i>vida conjugal</i> .

Os grifos realizados comprovam que o casamento está igualmente positivado da mesma forma no Código Canônico e no Novo/Velho Código Civil de 2002. Assim, o questionamento: como querer evoluir e consagrar a liberdade do casamento homossexual quando se está atrelado ao pensamento jurídico arcaico do Código Canônico? O Código Civil nada mais é do que uma repetição do Código religioso referido. Ou seja, é a vinculação do casamento como instituição que vincula duas pessoas de sexo diferente com o intuito de se gerar filhos. Então, a lacuna do casamento homossexual tem sido sempre preenchida pelo Código Canônico. O preconceito e a tradição foram os elementos que colmataram a lacuna que, na verdade, nunca existiu. Neste sentido, haveria um compromisso efetivamente transformador do direito. Ricardo Aronne afirma que,

O compromisso transformador, que é inerente à idéia de Estado Social e Democrático de Direito, publiciza o Direito Civil, com vistas à sua repersonalização, pelo mecanismos normativos do sistema, na noção contemporânea traçada, ampliando

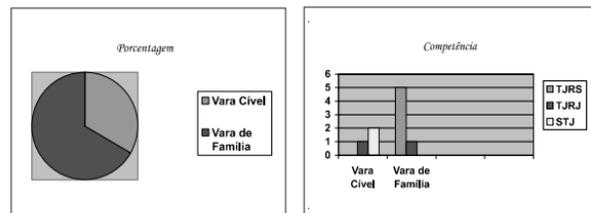
*o interesse recebido nas titularidades, com vistas a sua funcionalização, na condição de meio de concretização dos valores solidarísticos constituídos.*³⁸

O fato do Código Civil vincular-se ao Código Canônico não significa proibição. Há apenas uma repetição, sem reflexão. O que repete não reflete! Logo, construir a tese jurídica é a verdadeira legitimação do casamento homossexual. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem dado um passo significativo para o reconhecimento do casamento homossexual. O juiz Roberto Lorea, em julgamento de ação de dissolução de união estável entre casal homossexual argumentou que “a união estável e o casamento, nos moldes da legislação atual, é um instituto passível de ser acessado por todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual”³⁹.

Para o Magistrado, o artigo 226, § 3º não traz a leitura de somente haver união estável entre homens e mulheres. Pelo contrário, não veda a possibilidade jurídica das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Para explicitar as questões postas acima, foi realizada uma pesquisa nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça, através de amostragens, para que se possa verificar em que sentido tem se posicionado os juízes. Assim, tem-se uma análise quantitativa de decisões que tratam de competência. Destas decisões, algumas consagram a competência da Vara de Família e outras das Varas Cíveis comuns por tratarem da união homossexual como fonte geradora de direitos obrigacionais, conforme pode-se deduzir dos dados colacionados.

No gráfico percentagem, percebe-se que 66,6% dos casos são de competência das Varas de Família, enquanto 33,3% das Varas Cíveis, considerando todos os Tribunais pesquisados.



³⁸ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. p. 88.

³⁹ Notícia *Decisão dá base legal para casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>.

No gráfico competência percebe-se como são decididas as lides em cada Tribunal pesquisado.

Enfim, todas as questões postas até então traduzem que os principais Tribunais Estaduais do país já estão julgando casos que envolvam a questão das relações homossexuais, assim como o Superior Tribunal de Justiça.

É preciso sim um movimento em prol do reconhecimento da entidade familiar formada por indivíduos do mesmo sexo. O direito ainda encontra-se atrelado a algumas visões canônicas, mas busca, ainda que lentamente, progredir, sendo papel dos juristas a defesa de direitos que possibilitem o alcance à Justiça. Ao final, restará apenas uma pergunta: quem disse que é impossível o casamento homossexual?

CONCLUSÃO

É a família a entidade protegida pela Constituição Federal de 1988. Assim, há que se considerar que a família é o local em que as pessoas vivem e exercem o seu direito de felicidade. Logo, não é possível que o ordenamento proíba o casamento homossexual, pois o Direito de ser Família é, sobretudo, um direito humano.

A dignidade da pessoa humana é o centro de todos os direitos fundamentais. Assim sendo, traz Simone Tassinari Cardoso que, “tendo em vista a eleição constitucional da dignidade da pessoa humana merece reconhecimento a entidade familiar formada por indivíduos do mesmo sexo, uma vez que para a efetiva realização da dignidade da pessoa humana, erguem-se os princípios gerais, como a igualdade e a liberdade, bem como o princípio especial da não-discriminação”.⁴⁰

O Direito, hoje, volta-se para reconhecer que duas pessoas do mesmo sexo podem casar, porque à luz reflexiva não se vislumbram impedimentos legais para a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Há os termos homem e mulher em diversos dispositivos, mas não há expressa proibição ao casamento homossexual.

A proibição esteve sempre vinculada aos princípios da religião, e a sua idéia de pecado e homossexualidade. Hoje, todavia, com a consagração dos direitos humanos e a tentativa de laicização dos Estados, a religião perde a força que tinha como nos séculos passados.

Tal consagração permite o desenvolvimento da pessoa e traduz explicitamente que numa ordem democrática os Direitos Fundamentais e Humanos tornam-se imperativos e de aplicação eficaz e imediata.

Pecado é não poder lutar por um direito e não interpretar as leis de acordo com a existencialidade humana. É preciso um movimento de abertura do Direito, que venha a colher as vontades sociais e consagre a justiça entre todos.

⁴⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. p. 97.

BIBLIOGRAFIA

- ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. in ARONNE, Ricardo (org.). *Estudos de Direito Civil Constitucional*. Volume 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CASTILHOS, Washington. *Laicidade à prova*. Texto disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/syslistat.htm?infol=2639&sid=4>. Acesso em 30/08/2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Texto disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=107>. Acesso em: 04/10/2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAMBRANO, Elizabeth e outros. *O direito à homoparentalidade*. 1.ed. Porto Alegre: IAJ, 2006.

OUTROS DOCUMENTOS

GUEDES, Dom Luiz Antônio. *Família em missão*. Texto disponível em <http://www.cnbb.org.br/index.php?op=noticia&subop=16095>. Acesso em 07/09/2007.

Decisão dá base legal para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Notícia disponível em <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em 07/09/2007.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

Constituição da República Federativa do Brasil. in Vade Mecum Universitário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Código Civil Brasileiro de 2002. in Vade Mecum Universitário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Código de Direito Canônico. Edições Loyola, 1987.

Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br>