

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	35
------------------	----

PRIMEIRA PARTE

BASES NECESSÁRIAS ÀS TESES PROPRIAMENTE DITAS

1. A HOMOSSEXUALIDADE NA HISTÓRIA	39
1. Considerações Preliminares	39
2. A História e a Homossexualidade	40
2.1 A Sexualidade no Mundo Antigo	40
2.2 As Instituições Religiosas e o início da Pregação Homofóbica	48
2.3 A Idade Média e o nascimento do Estado Homofóbico ..	54
2.4 Os Humanistas, os Puritanos, os Capitalistas e os Iluministas: visões distintas, preconceito idêntico	56
2.5 O Século XIX e a Patologização da Homossexualidade ..	59
2.6 O Século XX: o Relatório Kinsey e a atual visão da Ciência Médica sobre a Homossexualidade	62
2.7 A Homossexualidade no Brasil, da Colônia à Atualidade	63
3. Síntese Conclusiva do Capítulo	71

2. DA HOMOSSEXUALIDADE	75
1. Conceituação	75
2. A Bíblia e a Homossexualidade	83
2.1 O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade?	83
3. “Homossexualismo” x Homossexualidade: Entendimento Médico-Psicológico acerca da Homoafetividade	92
3.1 Critérios para a definição de uma Doença e a Homossexualidade	96
3.2 Entendimento da Ciência Médica quanto à <i>origem</i> da Homoafetividade	100
3.3 “Opção” x Orientação Sexual: correta colocação do tema	106
4. Síntese Conclusiva do Capítulo	110
3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE	113
1. O Princípio da Igualdade – nota introdutória	113
1.1 Aspecto Formal – conteúdo e histórico	113
1.2 Aspecto Material – conteúdo	116
1.3 A Teoria Tridimensional do Direito e o objeto de proteção das normas. O Direito como ciência valorativa	125
1.4 O Princípio do Estado Laico e a proibição da utilização de fundamentações religiosas para justificar discriminações jurídicas	132
1.4.1 Conteúdo Jurídico do Princípio do Estado Laico ..	134
2. Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade – conteúdo jurídico	139
3. Síntese Conclusiva do Capítulo: Da Discriminação Juridicamente Válida (isonômica e proporcionalmente)	142
4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	145
1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	145
1.1 Considerações Preliminares	145



1.2	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Busca da Felicidade	146
1.3	As Classificações Insular e da Nova Ética. A Posição de Antônio Junqueira de Azevedo	149
1.4	Dignidade da Pessoa Humana como Dimensão simultaneamente Defensiva e Prestacional. A Posição de Ingo Wolfgang Sarlet	152
1.5	Posição Pessoal. Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Felicidade	159
1.5.1	Do Direito Fundamental ao Respeito (implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana)	164
2.	O Princípio da Interpretação conforme a Constituição	170
2.1	A Interpretação conforme a Constituição no ordenamento jurídico brasileiro: natureza jurídica	170
2.2	Requisitos da Interpretação conforme a Constituição	173
2.3	Limites da Interpretação conforme a Constituição	174
2.4	Da Diferença entre a Interpretação conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Nulidade sem Redução de Texto de Lei	177
3.	Síntese Conclusiva do Capítulo	178
5.	A FAMÍLIA JURIDICAMENTE PROTEGIDA E A HOMOAFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	181
1.	O Vazio Legislativo quanto às Uniões Homoafetivas. Da Ausência de Proibição Legal	181
1.1	Soluções ao Vazio Legislativo: a Analogia, a Interpretação Extensiva e os Princípios Gerais do Direito	182
1.2	A Função do Legislador	183
2.	A Questão da Família	186
2.1	A Importância da Família na História da Humanidade	186
2.2	A Família Brasileira – Breves Considerações Históricas .	187
2.2.1	A Família na Sociedade Rural e o “Modelo Institucional” do Código Civil de 1916	187
2.2.2	A Família na Sociedade Urbana – a Mulher no Mercado de Trabalho	191



2.3	As Soluções encontradas pela Jurisprudência para as Uniões Não-Regulamentadas	192
2.3.1	Analogia com o Direito do Trabalho – Indenização pelos Serviços Prestados	192
2.3.2	Analogia com o Direito Comercial – Teoria das Sociedades de Fato	193
2.4	A Evolução Histórica do Conceito de Família	195
2.4.1	O Amor Familiar como o Elemento formador da Família Contemporânea	196
2.5	A Família e a Constituição Federal de 1988	211
2.5.1	Dos Dispositivos Constitucionais que tratam da Família. Da Ausência de Proibição às Famílias Homoafetivas ou de Dispositivo que não as Reconheça	214
2.5.2	Do Objeto de Proteção do Direito de Família	218
2.5.3	O Afeto como Princípio Jurídico-Constitucional ...	220
2.6	A Família Homoafetiva	223
2.6.1	As Gerações de Direitos	230
2.6.2	O Reconhecimento Legal do status jurídico-familiar das Uniões Homoafetivas – arts. 2.º e 5.º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) .	236
2.6.3	Da Competência das Varas de Família para julgamento das causas envolvendo Uniões Homoafetivas.....	238
3.	Síntese Conclusiva do Capítulo	241

SEGUNDA PARTE DAS TESES PROPRIAMENTE DITAS

6.	UNIÕES HOMOAFETIVAS E ISONOMIA: CASAMENTO CIVIL	247
1.	Considerações Preliminares	247
2.	Preliminarmente: Da Efetiva Discriminação sofrida pelos Casais Homoafetivos em decorrência da negativa ao reconhecimento de seu <i>status</i> jurídico-familiar	248



2.1 Da Necessidade da Nomenclatura “Casamento Civil” e “União Estável” para a garantia da isonomia jurídica entre as uniões homoafetivas quando comparadas às heteroafetivas nos dias de hoje	255
3. A Interpretação Extensiva, a Analogia e a Possibilidade Jurídica do Casamento Civil Homoafetivo	257
3.1 Uma Inconstitucionalidade por Omissão	272
3.2 Mesmo instituições milenares, quando inseridas em um ordenamento jurídico, devem respeitar os princípios e a sistemática que o regem	272
3.2.1 Casamento civil x Casamento religioso. Diferença entre ambos	276
4. Alternativamente: da Inconstitucionalidade da suposta “Proibição Implícita” ao Casamento Civil Homoafetivo	278
4.1 Da Ação Judicial necessária ao Casamento Civil Homoafetivo	284
5. Da União Homoafetiva como uma “sociedade de afeto”, muito mais similar à União Heteroafetiva do que a uma “sociedade de fato”	286
6. Da Possibilidade Jurídica do Pedido de Casamento Civil Homoafetivo	288
7. Da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal pleiteando pelo Reconhecimento do Casamento Civil Homoafetivo	290
8. Sentença Gaúcha afirmando serem o Casamento e a União Estável aplicáveis aos Casais Homoafetivos	297
9. Síntese Conclusiva do Capítulo	303
7. UNIÕES HOMOAFETIVAS E ISONOMIA: UNIÃO ESTÁVEL	307
1. Considerações Preliminares acerca da União Estável. Introdução ao Tema da União Estável Homoafetiva	307
2. Da União Estável Homoafetiva	309
2.1 Da Incompatibilidade do art. 226, § 3.º, com a Isonomia e a Dignidade Humana em caso de negação da União Estável Homoafetiva	310



2.1.1 A ADPF 132	329
2.2 Alternativamente: da Inconstitucionalidade do art. 226, § 3.º, da CF/1988 por afronta aos Princípios Fundamentais da Constituição Federal	335
3. Síntese Conclusiva do Capítulo	344
8. UNIÕES HOMOAFETIVAS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CASAMENTO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL	347
1. Da Dignidade Humana e as Uniões Homoafetivas. Afronta à Dignidade Humana de Homossexuais pelo Não-Reconhecimento do Casamento Civil Homoafetivo e da União Estável Homoafetiva	347
2. Da Importância do termo “Casamento”	353
2.1 Do Casamento Civil como um Direito Fundamental Implícito	357
2.2 Da Insuficiência de uma “Lei de União Civil” para a proteção da Dignidade Humana de Homossexuais	358
3. Síntese Conclusiva do Capítulo	362
9. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E UNIÕES HOMOAFETIVAS	365
1. Da necessidade de uma <i>interpretação conforme a Constituição</i> em todas as hipóteses	365
2. Da Interpretação das Leis do Casamento Civil e da União Estável em conformidade com a Constituição	369
3. Síntese Conclusiva do Capítulo	371
10. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS	373
1. Da Ausência de Relação Racional entre a Finalidade de se Proteger a Procriação com a Proibição do Casamento Civil Homoafetivo e a Discriminação (Subprincípios da Adequação e da Necessidade)	373
2. Da Adequação e da Necessidade do Reconhecimento da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil Homoafetivo para o resguardo da Isonomia e da Dignidade Humana dos Casais Homoafetivos	377



3. Da Ausência de Direito de Heterossexuais prejudicado pela Possibilidade Jurídica do Casamento Civil e da União Estável entre Casais Homoafetivos – Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	378
4. Síntese Conclusiva do Capítulo	383
11. DA INCOERÊNCIA DAS JUSTIFICAÇÕES DA DOCTRINA PARA O NÃO-RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA/ENTIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA	385
1. Considerações Preliminares	385
2. Da Inexistência de Motivação Válida ante a Isonomia que justifique a Discriminação das Uniões Homoafetivas em relação às Heteroafetivas	385
3. Da Ausência dos “Requisitos” da Capacidade Procriativa e da Diversidade de Sexos para o Casamento Civil e para a União Estável	392
3.1 A Posição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama	398
3.2 Descabimento da colocação da Dualidade de Sexos como “essencial” ao Casamento Civil	402
3.2.1 Descabimento da teoria da norma geral exclusiva. Normas gerais inclusivas e analogia	404
4. A Inexistência de Afronta à Liberdade Religiosa pelo Reconhecimento do Casamento <i>Civil</i> Homoafetivo	409
4.1 Afronta à Liberdade Religiosa de Homossexuais pelo Não-Reconhecimento do Casamento Civil Homoafetivo ..	412
5. A Irrelevância da Omissão Legal: da Interpretação Extensiva e da Analogia	413
6. Críticas à Teoria da Inexistência do Ato Jurídico	416
6.1 Preliminarmente: do descabimento da teoria da inexistência de fatos que existiram no mundo fático	416
6.2 Irrelevância da vontade subjetiva do legislador. Prevalência da <i>ratio legis</i> sobre a <i>mens legislatoris</i>	430
7. Inexistência de “Silêncio Eloqüente” – Descabimento da teoria e, alternativamente, inexistência da hipótese	436
8. Ausência de Ilicitude no Casamento Civil Homoafetivo	440

9. A Inexistência de “Legislação Positiva” do Judiciário ao possibilitar o Casamento Civil Homoafetivo	441
9.1 Cabimento da Analogia também nos casos de normas de ordem pública. Crítica à posição de Maria Helena Diniz	443
10. Ausência de Subversão do Princípio Democrático	445
10.1 Ausência de Imoralidade na Homossexualidade ou, alternativamente, irrelevância da Moral Homofóbica	449
11. Descabimento da Desconsideração do Amor Existente na relação	451
11.1 Descabimento da Atual Posição do Desembargador Sérgio Fernandes de Vanconcellos Chaves	455
12. Síntese Conclusiva do Capítulo	458
12. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	463
1. O Recurso Especial 148.897/MG	463
1.1 O Voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar	465
1.2 Os Votos dos Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro	467
1.3 O Voto do Ministro Cesar Asfor Rocha	468
2. O Recurso Especial 323.370/RS	469
3. O Recurso Especial 502.995/RN	475
3.1 Histórico do Caso	475
3.2 A Fundamentação da Decisão	476
3.2.1 Os Equívocos cometidos no Julgamento do Recurso Especial 502.995/RN	477
4. O Recurso Especial 773.136/RJ	482
5. O Recurso Especial 648.763/RS	482
6. O Recurso Especial 238.715/RS e o possível início da viragem da jurisprudência do STJ	483
6.1 Histórico do Caso	483
6.2 A Fundamentação da Decisão	484
6.2.1 A Posição dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho	485
6.2.2 O Voto-Vista do Ministro Castro Filho	487



7. O Recurso Especial 395.904/RS	488
7.1 Os Votos dos Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Paulo Medina	489
8. O REsp 820.475 – Voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro – analogia com a União Estável	492
9. Da Possibilidade do enfrentamento de questões constitucionais pelo STJ. Controle Difuso de Constitucionalidade. Art. 97 da CF/1988	494
10. Síntese Conclusiva do Capítulo	496
13. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	499
1. Considerações Preliminares	499
2. O Recurso Extraordinário 406.837/SP (Relator Ministro Eros Grau)	499
3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.300/DF (Relator Ministro Celso de Mello)	501
4. Recurso Especial Eleitoral 24.564 (Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes)	505
5. Síntese Conclusiva do Capítulo	510
14. SOLUÇÃO PALIATIVA I: CONTRATOS DE UNIÃO ESTÁVEL	513
1. Considerações Preliminares	513
2. Contrato de União Estável Homoafetiva	514
2.1 Justificativa do <i>Nomen Juris</i> . Cláusulas	516
3. Síntese Conclusiva do Capítulo	520
15. SOLUÇÃO PALIATIVA II: TEORIA DAS SOCIEDADES DE FATO	523
1. Considerações Preliminares	523
2. Concubinato: Evolução Histórica, Conceito e Espécies	524
2.1 Concubinato Homoafetivo?	527
3. Síntese Conclusiva do Capítulo	529

16. DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS EM CONJUNTO OU ISOLADAMENTE	531
1. O Direito Fundamental à Parentalidade	531
2. Do Direito dos Menores a serem adotados	533
3. A Adoção por Homossexuais e a Inexistência de Prejuízos ao Menor por ser criado em um Lar Homoafetivo	537
3.1 A Omissão Legal e os Princípios da Isonomia e da Proteção Integral do Menor: Adoção por Homossexuais e por Casais Homoafetivos	542
3.2 A Omissão Legal e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção Integral do Menor: a Adoção por Homossexuais e por Casais Homoafetivos	547
3.3 Da Afronta ao Princípio da Proteção Integral ao Menor decorrente da proibição da Adoção por Casais Homoafetivos	548
3.3.1 Da Inconstitucionalidade da utilização do Preconceito Alheio como “justificativa” para a proibição da adoção por Casais Homoafetivos	553
3.3.2 Da Possibilidade Jurídica do Registro Civil de um(a) menor como filho(a) de um Casal Homoafetivo ...	556
3.4 A Jurisprudência sobre o tema	556
4. Inexistência de vantagem de um Casal Heteroafetivo em relação a um Casal Homoafetivo em razão da mera diversidade de sexos do primeiro	563
5. Síntese Conclusiva do Capítulo	564
17. DO DIREITO COMPARADO	567
1. Considerações Preliminares	567
1.1 Países de Extrema Repressão às Uniões Homoafetivas ...	568
1.2 Do Bloco Intermediário	569
1.3 Países de Modelo Expandido	580
2. Síntese Conclusiva do Capítulo	584
CONCLUSÃO	585
BIBLIOGRAFIA	593

