

PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI

*Manual da*  
**HOMOAFETIVIDADE**

---

Da possibilidade jurídica do  
casamento civil, da união estável  
e da adoção por casais homoafetivos

**2.<sup>a</sup> edição**

Revista e atualizada

***Prefácio***

Maria Berenice Dias

Luis Fernando do Vale de Almeida Guilherme



SÃO PAULO

- A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

*Copyright © 2013 by*

**EDITORA MÉTODO LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional  
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714  
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- Capa: Danilo Oliveira

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Vecchiatti, Paulo Roberto Iotti

Manual da homoafetividade : da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos / Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. - 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2012.

ISBN 978-85-309-4094-2

1. Casamento entre homossexuais. 2. Companheiros homossexuais - Estatuto legal, leis, etc. 3. União estável. 4. Adoção por homossexuais. I. Título.

08-3358.

CDU: 347.61/64

957865

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	XLIII
-----------------	-------

## Primeira Parte

### BASES NECESSÁRIAS ÀS TESES PROPRIAMENTE DITAS

<b>1. A HOMOSSEXUALIDADE NA HISTÓRIA.....</b>	<b>3</b>
1. Considerações preliminares .....	3
2. A história e a homossexualidade .....	4
2.1 A sexualidade no mundo antigo .....	4
2.1.1 Foucault e a história da sexualidade na Antiguidade Clássica .....	10
2.2 As instituições religiosas e o início da pregação homofóbica .....	19
2.3 A idade média e o nascimento do estado homofóbico .....	24
2.4 Os humanistas, os puritanos, os capitalistas e os iluministas: visões distintas, preconceito idêntico.....	25
2.5 O século XIX e a patologização da homossexualidade.....	27
2.5.1 Foucault e a história da sexualidade após o século XVIII.....	29
2.6 O século XX: o Relatório Kinsey e a atual visão da ciência médica sobre a homossexualidade.....	32
2.7 A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade.....	34
3. Síntese conclusiva do capítulo .....	43
<b>2. DA HOMOSSEXUALIDADE E DA HOMOAFETIVIDADE .....</b>	<b>45</b>
1. Conceituação.....	45
1.1 Homoafetividade/heteroafetividade. Pertinência terminológica .....	52
2. A Bíblia e a homossexualidade .....	58
2.1 O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade?.....	58

3. “Homossexualismo” x homossexualidade: Entendimento médico-Psicológico acerca da homoafetividade.....	64
3.1 Critérios para a definição de uma doença e a homossexualidade...	68
3.2 Entendimento da ciência médica quanto à <i>origem</i> da homoafetividade.....	71
3.3 “Opção” x orientação sexual: correta colocação do tema.....	79
3.4 Conceito de homofobia.....	82
3.5 As minorias sexuais. conceituação de orientação sexual, gênero e identidade de gênero.....	83
4. Síntese conclusiva do capítulo.....	89
<b>3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>91</b>
1. O princípio da igualdade – nota introdutória.....	91
1.1 Aspecto formal – conteúdo e histórico.....	91
1.2 Aspecto material – conteúdo.....	93
1.3 A teoria tridimensional do Direito e o objeto de proteção das normas. O Direito como ciência valorativa.....	101
1.3.1 Caracterização da lacuna normativa.....	106
1.3.2 Interpretação extensiva ou analogia para reconhecimento do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Despsicologização do conceito de interpretação extensiva. Esclarecimentos.....	108
1.4 O princípio do Estado Laico e a proibição da utilização de fundamentações religiosas para justificar discriminações jurídicas.....	110
1.4.1 Conteúdo jurídico do princípio do Estado Laico.....	112
2. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – conteúdo jurídico.....	115
3. Síntese conclusiva do capítulo: da discriminação juridicamente válida (isonômica e proporcionalmente).....	118
<b>4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>121</b>
1. O princípio da dignidade da pessoa humana.....	121
1.1 Considerações preliminares.....	121
1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à busca da felicidade.....	122
1.3 As classificações insular e da nova ética. A posição de Antônio Junqueira de Azevedo.....	124
1.4 Dignidade da pessoa humana como dimensão simultaneamente defensiva e prestacional. A posição de Ingo Wolfgang Sarlet e de Luís Roberto Barroso.....	126

1.5	Posição pessoal. Dignidade da pessoa humana e o direito à felicidade. ADPF 132 e ADI 4.277 .....	131
1.5.1	Do direito fundamental ao respeito (implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana) .....	137
2.	O princípio da interpretação conforme a Constituição .....	142
2.1	A interpretação conforme a Constituição no ordenamento jurídico brasileiro: natureza jurídica .....	142
2.2	Requisitos da interpretação conforme a Constituição .....	144
2.3	Limites da interpretação conforme a Constituição. ADPF 132 e ADI 4.277 .....	145
2.4	Da diferença entre a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto de lei .....	149
3.	Síntese conclusiva do capítulo .....	150
<b>5.</b>	<b>A FAMÍLIA JURIDICAMENTE PROTEGIDA E A HOMOAFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>153</b>
1.	O vazio legislativo quanto às uniões homoafetivas. Da ausência de proibição legal .....	153
1.1	Soluções ao vazio legislativo: a analogia, a interpretação extensiva e os princípios gerais do Direito .....	154
1.2	A função do legislador .....	155
2.	A questão da família .....	157
2.1	A importância da família na história da humanidade .....	157
2.2	A família brasileira – breves considerações históricas .....	158
2.2.1	A família na sociedade rural e o “modelo institucional” do Código Civil de 1916 .....	158
2.2.2	A família na sociedade urbana – a mulher no mercado de trabalho .....	161
2.3	As soluções encontradas pela Jurisprudência para as uniões não regulamentadas .....	163
2.3.1	Analogia com o Direito do Trabalho – Indenização pelos serviços prestados. Julgados contemporâneos do STJ .....	163
2.3.2	Analogia com o Direito Comercial – Teoria das sociedades de fato .....	165
2.4	A evolução histórica do conceito de família .....	166
2.4.1	O amor familiar como o elemento formador da família contemporânea. STF, ADPF 132 e ADI 4.277 .....	169
2.5	A família e a Constituição Federal de 1988 .....	185
2.5.1	Dos dispositivos constitucionais que tratam da família. Da ausência de proibição às famílias homoafetivas ou de dispositivo que não as reconheça. A interpretação do Ministro Ayres Britto no julgamento da ADPF 132 e na ADI 4.277 .....	188

2.5.2	Do objeto de proteção do Direito das Famílias.....	197
2.5.3	O afeto como princípio jurídico-constitucional. STF, ADPF 132 e ADI 4.277 .....	198
2.6	A família homoafetiva. STF, ADPF 132 e ADI 4.277 .....	204
2.6.1	As Gerações/Dimensões de Direitos. STF, ADPF 132 e ADI 4277 .....	212
2.6.2	O reconhecimento legal do <i>status</i> jurídico-familiar das Uniões Homoafetivas – arts. 2.º e 5.º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).....	219
2.6.3	Da competência das varas de família para julgamento das causas envolvendo uniões homoafetivas.....	220
3.	Síntese conclusiva do capítulo.....	223

## Segunda Parte

### DAS TESES PROPRIAMENTE DITAS

<b>6.</b>	<b>UNIÕES HOMOAFETIVAS E ISONOMIA: CASAMENTO CIVIL ..</b>	<b>227</b>
1.	Considerações preliminares .....	227
1.1	Evolução histórica do conceito de casamento. Da patrimonialização do afeto à concepção eudemonista de casamento.....	227
1.1.1	Conceito contemporâneo de casamento .....	233
2.	Preliminarmente: da efetiva discriminação sofrida pelos casais homoafetivos em decorrência da negativa ao reconhecimento de seu <i>status</i> jurídico-familiar.....	236
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.....	241
3.	A interpretação extensiva, a analogia e a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo.....	244
3.1	Uma inconstitucionalidade por omissão. Inexistência de “Ativismo Judicial” no reconhecimento do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Alternativamente: constitucionalidade de supressão de lacunas inconstitucionais mediante “práticas de ativismo judicial” concretizadoras dos princípios constitucionais (cf. Ministro Celso de Mello). STF, ADPF 132 e ADI 4.277 .....	254
3.2	Mesmo instituições milenares, quando inseridas em um ordenamento jurídico, devem respeitar os princípios e a sistemática que o regem .....	262
3.2.1	Casamento civil x Casamento religioso. Diferença entre ambos .....	264

4. Alternativamente: da inconstitucionalidade da suposta “proibição implícita” ao casamento civil homoafetivo .....	266
4.1 Da ação judicial necessária ao casamento civil homoafetivo.....	271
5. Da união homoafetiva como uma “sociedade de afeto”, muito mais similar à união heteroafetiva do que a uma “sociedade de fato” .....	273
6. Da <i>possibilidade jurídica do pedido</i> de casamento civil homoafetivo .....	274
7. Da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal pleiteando pelo reconhecimento do casamento civil homoafetivo .....	276
8. Sentença gaúcha afirmando serem o casamento e a união estável aplicáveis aos casais homoafetivos.....	282
9. Decisões judiciais que reconheceram o direito ao casamento civil homoafetivo após a decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277.....	286
10. Síntese conclusiva do capítulo.....	318
<b>7. UNIÕES HOMOAFETIVAS E ISONOMIA: UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>321</b>
1. Considerações preliminares acerca da união estável. Introdução ao tema da união estável homoafetiva .....	321
2. Da união estável homoafetiva.....	323
2.1 Da incompatibilidade do art. 226, § 3.º, com a isonomia e a dignidade humana em caso de negação da união estável homoafetiva. STF, ADPF 132 e ADI 4.277.....	324
2.1.1 A ADPF 132 e a ADI 4.277.....	338
2.1.2 Inexistência de <i>limites semânticos no texto</i> do art. 226, § 3.º, da CF/1988 impeditivos do reconhecimento da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analogia. Possibilidade jurídica do pedido de união estável homoafetiva.....	343
2.2 Alternativamente: da inconstitucionalidade do art. 226, § 3.º, da CF/1988 por afronta aos princípios fundamentais da Constituição Federal .....	354
3. Síntese conclusiva do capítulo.....	361
<b>8. UNIÕES HOMOAFETIVAS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CASAMENTO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>365</b>
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. STF, ADPF n.º 132 e ADI 4.277.....	365

2. Da importância do termo “casamento” .....	373
2.1 Do casamento civil como um direito fundamental implícito .....	377
2.2 Da insuficiência de uma “Lei de União Civil” para a proteção da dignidade humana de homossexuais.....	379
3. Síntese conclusiva do capítulo .....	382
<b>9. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E UNIÕES HOMOAFETIVAS .....</b>	<b>385</b>
1. A <i>interpretação conforme a Constituição</i> realizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e na ADI 4.277. Considerações preliminares ao capítulo.....	385
2. Da necessidade de uma <i>interpretação conforme a Constituição</i> em todas as hipóteses .....	386
3. Da interpretação das leis do casamento civil e da união estável em conformidade com a Constituição .....	389
3.1. Não caracterização do art. 1.723 do Código Civil como norma de mera repetição do art. 226, § 3.º, da Constituição. Possibilidade de <i>interpretação conforme</i> . A posição do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277.....	390
3.1.1 Seria o caso de <i>declaração de nulidade parcial sem redução de texto</i> e não de <i>interpretação conforme</i> ? Irrelevância da discussão .....	394
4. Síntese conclusiva do capítulo .....	395
<b>10. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS .....</b>	<b>399</b>
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).....	399
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.....	402
3. Da ausência de direito de heterossexuais e casais heteroafetivos prejudicado pela possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável entre casais homoafetivos – subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. STF, ADPF 132 e ADI 4.277 .....	403
4. Síntese conclusiva do capítulo .....	408
<b>11. DA INCOERÊNCIA DAS JUSTIFICAÇÕES DA DOUTRINA PARA O NÃO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA/ENTIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA .....</b>	<b>411</b>



<b>12. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>423</b>
<b>13. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>435</b>
1. Considerações preliminares .....	435
2. O Recurso Extraordinário 406.837/SP (Relator Ministro Eros Grau) .....	436
3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.300/DF (Relator Ministro Celso de Mello) e a Petição n.º 1.984/RS (Relator Ministro Marco Aurélio).....	438
4. Recurso Especial Eleitoral 24.564 (Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes) .....	442
5. RE 615.261/PR. Adoção por casal homoafetivo .....	446
6. ADPF 132 e ADI 4.277. O histórico reconhecimento do <i>status</i> jurídico-familiar da união homoafetiva.....	448
7. RE 477.554 AgR/MG, RE 615.941/RJ e outras decisões monocráticas pós ADPF 132 e ADI 4.277 .....	471
8. Síntese conclusiva do capítulo.....	476
<b>14. CONTRATOS DE UNIÃO ESTÁVEL (HOMOAFETIVA OU HETEROAFETIVA) .....</b>	<b>479</b>
1. Considerações preliminares .....	479
2. Contrato de união estável homoafetiva .....	480
2.1 Justificativa do <i>nomen Juris</i> . Cláusulas.....	481
3. Síntese conclusiva do capítulo.....	485
<b>15. O CONCUBINATO E A TEORIA DAS SOCIEDADES DE FATO. HISTÓRICO. INADEQUAÇÃO À HIPÓTESE DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. O CONCUBINATO HOMOAFETIVO.....</b>	<b>487</b>
1. Considerações preliminares. STF, ADPF 132 e ADI 4.277.....	487
2. Concubinato: evolução histórica, conceito e espécies. STF, ADPF 132 e ADI 4.277 .....	488
2.1 Concubinato homoafetivo? .....	494
3. Síntese conclusiva do capítulo.....	495
<b>16. DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS EM CONJUNTO OU ISOLADAMENTE .....</b>	<b>497</b>
1. O direito fundamental à parentalidade .....	497
2. Do direito dos menores a serem adotados.....	499

3. A adoção por homossexuais e a inexistência de prejuízos ao menor por ser criado em um lar homoafetivo .....	501
3.1 A omissão legal e os princípios da isonomia e da proteção integral do menor: adoção por homossexuais e por casais homoafetivos. STJ, REsp 889.852/RS .....	505
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. STF, ADPF 132 e ADI 4.277.....	509
3.3 Da afronta ao princípio da proteção integral ao menor decorrente da proibição da adoção por casais homoafetivos .....	511
3.3.1 Da inconstitucionalidade da utilização do preconceito alheio como “justificativa” para a proibição da adoção por casais homoafetivos.....	513
3.3.2 Da possibilidade jurídica do registro civil de um(a) menor como filho(a) de um casal homoafetivo. STJ, REsp 889.852/RS (e TJRS, AC 70013801592).....	516
3.4 A Jurisprudência sobre o tema.....	517
3.5 A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso <i>Atala Riffo y niñas vs. Chile</i> .....	521
4. Inexistência de vantagem de um casal heteroafetivo em relação a um casal homoafetivo em razão da mera diversidade de sexos do primeiro.....	527
5. Síntese conclusiva do capítulo.....	528
<b>17. DO DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>531</b>
1. Considerações preliminares .....	531
1.1 Países de extrema repressão às uniões homoafetivas.....	532
1.2 Do bloco intermediário.....	533
1.3 Países de modelo expandido.....	541
2. Síntese conclusiva do capítulo.....	543
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>545</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>551</b>