

**Direito à Livre Identidade de Gênero**

Enunciados da I Jornada de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça do Brasil (aprovados em 14.05.2014)<sup>1</sup>:

**Enunciado 42.** Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

**Enunciado 43.** É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

OBS. BREVE SÍNTESE das teses desenvolvidas nesta peça no item 2 (pp. 04-11 desta manifestação); ÍNDICE na p. 02.

**PEDIDO DE URGÊNCIA NO JULGAMENTO**

*AMICUS CURIAE*

**GADvS – GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL**, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) inscrita no CNPJ sob o n.º 17.309.463/0001-32, que tem como finalidades institucionais a promoção dos direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais) e o enfrentamento da homofobia e da transfobia (cf. estatuto social anexo), com sede na Rua da Abolição, n.º 167, São Paulo/SP, CEP 01319-030, por seus advogados signatários, vem, respeitosamente, à presença de Vossas Excelências, apresentar pedido de habilitação no processo na qualidade de AMICUS CURIAE e manifestar-se sobre a matéria da presente ação, pelas razões a seguir deduzidas.

Inicialmente, apresenta-se um *índice* para facilitar a consulta e apreciação desta peça:

<b>1. DA LEGITIMIDADE DA ENTIDADE PETICIONÁRIA.</b>	pp.03-04
<b>2. BREVE SÍNTESE DAS TESES TRABALHADAS NESTE AMICUS. A <u>concretização da principiologia constitucional e convencional</u> aplicável à espécie. O direito de transexuais (e travestis) retificarem seu registro civil independentemente de cirurgia de transgenitalização e da apresentação de quaisquer laudos (psicológico, psiquiátrico etc).</b>	pp. 04-12
<b>3. CONCEITOS FUNDAMENTAIS. Identidade de gênero, transexualidade/travestilidade, gênero, sexo e transfobia. A complexidade das identidades humanas, a qual o Direito deve respeitar (direito à livre identidade de gênero). O <u>NOME SOCIAL</u> e os decretos estaduais/municipais que os reconhecem.</b>	pp.12-26
<b>3.1. A DURA REALIDADE DA POPULAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS E A ABSOLUTA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE SEU DIREITO HUMANO À RETIFICAÇÃO DE PRENOME E SEXO JURÍDICO INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO E DE LAUDOS PSIQUIÁTRICO,</b>	pp.26-33

<sup>1</sup> Enunciados disponíveis em [http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf) (acesso em 20.05.14).

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

<b>PSICOLÓGICO E QUAISQUER OUTROS. MEDIDA NECESSÁRIA À IMPLEMENTAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, DA INTIMIDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA REFERIDA POPULAÇÃO.</b>	
<b>3.2. A JURISPRUDÊNCIA CONSERVADORA ACERCA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL.</b> Exigência de realização de cirurgia para deferir a retificação até mesmo do prenome da pessoa. Descabimento. Efetivos interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. <b>POSSÍVEL INÍCIO DA VIRAGEM DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.</b> Julgados recentes que dispensam a realização da cirurgia com base na concretização principiologia constitucional e convencional.	pp. 33-43
<b>4. Os Direitos da Personalidade, Relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.</b> O nome e a <u>identidade sexual e de gênero</u> como direitos da personalidade e, assim, como <i>direitos humanos</i> .	pp.43-48
<b>5. EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS.</b> Breve histórico da evolução do Direito para reconhecer o direito à realização da cirurgia de transgenitalização. Artigo 13 do Código Civil brasileiro. <u>Evolução conceitual:</u> transexualidade e travestilidade como questões identitárias e não como uma patologia: <u>posição do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRP/SP) e do Conselho Federal de Psicologia brasileiro pela despatologização da transexualidade e da travestilidade.</u>	pp.48-56
<b>5.1. Prenome e Sexo Jurídico da pessoa Travesti e Transexual.</b> Exposição ao Ridículo. Apelido Público Notório (arts. 55, parágrafo único, e 58 da Lei n.º 6.015/1973). <u>Doutrina e Jurisprudência – mudança de sexo jurídico independentemente de cirurgia.</u>	pp.57-76
<b>5.2. Irradiação dos Princípios e Direitos Humanos na Interpretação do Ordenamento Jurídico.</b>	pp. 76-81
<b>6. DOS PEDIDOS.</b>	pp. 85-86

Passemos, assim, a analisar os temas relativos ao presente caso.

## 1. DA LEGITIMIDADE DA ENTIDADE PETICIONÁRIA.

O *GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual*, organização não-governamental que tem abrangência nacional e tem entre seus objetivos promover os direitos da população LGBT e enfrentar a homofobia e a transfobia, tem pertinência temática para atuar na qualidade de *amicus curiae* neste processo, na medida em que a promoção dos direitos da população de transexuais, objeto desta ação, encontra-se entre os seus objetivos institucionais.

O *GADvS* já organizou e coorganizou seminários e cursos pró-direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais), inclusive o seminário “*Mudança de Sexo e Nome*”, ministrado pelo advogado signatário, como parte do curso “Direito e Diversidade Sexual”, nos dias 11, 18 e 25.06.2011<sup>2</sup>, e “*Aspectos Jurídicos e Sociais da Transexualidade e da Travestilidade*”, no dia 27.02.2012<sup>3</sup>, ambos no Sindicato dos Advogados de São Paulo ([www.sasp.org.br](http://www.sasp.org.br)). O *GADvS* foi um dos grupos que assinou o ofício à Procuradoria-Geral da República que gerou a propositura da **ADPF 291**, que visa declarar a não-recepção pela Constituição do crime de pederastia do Código Penal Militar (ou, ao menos, da expressão

<sup>2</sup> Cf. [http://www.gadvs.com.br/?page\\_id=699](http://www.gadvs.com.br/?page_id=699) (último acesso em 04.07.2014).

<sup>3</sup> Cf. <http://www.sasp.org.br/noticias/38-notas-rapidas/244-aspectos-sociais-e-juridicos-da-transexualidade-e-da-travestilidade.html> e <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=38542&idPagina=3260> (último acesso em 04.07.14).

“homossexual ou não”, que tem um claro efeito discriminatório a homossexuais militares, como demonstrado naquela ação) – isso se constata pela menção aos signatários de tal ofício na petição inicial de dita ação. Sem falar na coorganização da “*I Jornada de Direito Antidiscriminatório*”, nos dias 23 a 26.09.2011<sup>4</sup>, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Neste ano, o GADvS oficiou o Tribunal de Justiça Desportiva de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça Desportiva para coibir manifestações homofóbicas em jogos de futebol.

Assim, considerando que o GADvS luta pela isonomia de direitos da população LGBT relativamente a *heterossexuais cisgêneros* (que se identificam com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico), tem-se por legítimo seu pleito de ingresso neste feito, na qualidade de *amicus curiae*, possibilitando-lhe a apresentação das razões a seguir deduzidas e a realização de sustentação oral neste julgamento, o que desde já se requer.

**2. BREVE SÍNTESE DAS TESES TRABALHADAS NESTE AMICUS. A concretização da principiologia constitucional e convencional aplicável à espécie. O direito de transexuais e travestis retificarem seu registro civil independentemente de cirurgia de transgenitalização e da apresentação de quaisquer laudos (psicológico, psiquiátrico etc).**

Segundo os **Princípios de Yogyakarta**<sup>5</sup>, em definição ratificada pelo Texto-base da I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (2008, p. 51): “*Compreendemos a **identidade de gênero** a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos*” (g.n).

Assim, com base na compreensão contemporânea de sexualidade que compreenda a distinção entre “sexo”, “gênero” e “identidade de gênero” e com base na premissa da necessidade de pleno respeito à individualidade das pessoas transexuais (e travestis) relativamente às pessoas cisgêneras (as “não-transgêneras”, como adiante explicado), defende-se aqui a procedência da presente ação, para que seja reconhecido às pessoas transexuais (e travestis, estas no mínimo pela *ratio decidendi* aqui defendida) o direito à retificação de seu prenome e sexo jurídico independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização.

Defende-se aqui, ainda, a possibilidade de se adotar uma **compreensão não-patologizante das identidades transgêneras** (identidades transexual e travesti), de sorte a **reconhecer-se o direito de retificação de prenome e sexo jurídico de pessoas trans** (travestis, mulheres transexuais e homens trans) **não só sem cirurgia de transgenitalização, mas também sem a necessidade de apresentação de laudos psiquiátrico e psicológico**, algo inclusive já defendido no Brasil pelo **Conselho Regional de Psicologia de São Paulo**, como adiante demonstrado (pp. 51-53 desta peça). Isso porque **o direito à identidade de gênero relaciona-se com a autonomia moral da pessoa, inerente à dignidade da pessoa humana, que não pode ser**

<sup>4</sup> Cf. <http://www.dceusp.org.br/2011/08/primeira-jornada-direito-antidiscriminatorio/> (último acesso em 04.07.14).

<sup>5</sup> Cf. [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf) (último acesso em 19.05.14).

**condicionado a cirurgias ou à autoridade médica.** A *Lei de Identidade de Gênero* argentina (*Ley 26.743/2012*<sup>6</sup>) é um marco paradigmático nesse sentido, cujo resultado pode perfeitamente ser atingido pela concretização da principiologia constitucional, adiante explicitada.

Juridicamente, inclusive com base na **jurisprudência de vanguarda**, defende-se a possibilidade de interpretação sistemático-teleológica da Convenção Americana de Direitos Humanos para, com isso, afastar qualquer interpretação que não reconheça o direito à retificação de prenome e sexo jurídico dissonantes daqueles compatíveis com o sexo biológico e a genitália da pessoa transexual ou travesti. Afinal, tal é medida necessária a não instrumentalizar a pessoa humana a um ideal heterossexista cisgênero de sociedade (**princípio da dignidade da pessoa humana**), para evitar a discriminação de transexuais e travestis em sua vida cotidiana ante os notórios constrangimentos e humilhações a que estão sujeitas pelos seus documentos de identificação civil trazerem um nome e sexo incompatível com a sua identidade de gênero, sua aparência (**princípio da não-discriminação e direito fundamental à honra**), evitando que uma informação (no caso da transexualidade) que se refere à esfera secreta da vida da pessoa que só a ela cabe decidir se revela a terceiros ou não (**direito fundamental à intimidade/privacidade**), garantindo o *direito ao esquecimento* do prenome e do sexo jurídico incompatíveis com a sua identidade de gênero, evitando assim sofrimentos subjetivos absolutamente desnecessários às pessoas transexuais e travestis (**direito fundamental à saúde**).

Requer-se **urgência na análise deste caso**, em razão das inúmeros humilhações e discriminações (constrangimentos em geral) que as pessoas transexuais (e travestis) sofrem em razão de terem seus documentos de identificação civil apontando um prenome e um sexo jurídico distintos daquele que elas vivenciam e apresentam socialmente – uma pessoa que se entende e se apresenta socialmente (com vestimentas e mesmo com sua aparência física, após injeções hormonais) com um corpo feminino sofre inúmeros constrangimentos, em razão da **transfobia** social, quando apresenta documentos com um prenome e sexo masculino, e vice-versa sobre quem se apresenta com um corpo masculino e apresenta documentos com prenome e sexo feminino.

Reitere-se, agora de forma mais pormenorizada (embora ainda sintética), que a devida concretização da principiologia constitucional justifica o direito de pessoas transexuais alterarem seu prenome independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, senão vejamos:

(i) **princípio da dignidade da pessoa humana**: a dignidade humana veda que a pessoa seja instrumentalizada para a consecução de outros fins (notória doutrina kantiana), ao passo que negar às pessoas transexuais e travestis a retificação de seu prenome e seu sexo jurídico implica em impor-lhes uma *visão heterossexista cisgênera* de mundo, que prega que somente um prenome coerente com o sexo biológico original (ou, ao menos, de acordo com um corpo operado para se equivaler ao de pessoa do outro sexo biológico) seria válido, inviabilizando ainda o **direito fundamental implícito à busca da felicidade**, por mantê-las em uma situação de angústia e passível de humilhações incompatível com a dignidade humana constitucionalmente consagrada.

---

<sup>6</sup> Cf. <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/tocoginecologia/files/2014/01/Ley-26.743-IDENTIDAD-DE-GENERO.pdf> (último acesso em 19.09.14).

Isso porque, “*Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade*”, donde “*afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto*” (STJ, REsp n.º 1.008.398/SP, DJe de 18.11.2009), **o que independe da realização de cirurgia de transgenitalização**, pois a real identidade da pessoa transgênera independe de cirurgia, mas apenas de sua identidade de gênero, relativa ao prenome pelo qual é conhecida, decorrente de seu *sexo psicológico* e de seu *sexo social*, o sexo como socialmente reconhecido (cf. TJ/RS, Apelação Cível n.º 70030504070, 08ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Rui Portanova, julgada em 29/10/2009);

**(i.1) direitos da personalidade – identidade pessoal, social e sexual: o direito à identidade pessoal, sexual e social não pode ser vinculado a um invasivo procedimento cirúrgico quando isso não seja da vontade ou não seja possível à pessoa transexual**, donde a pessoa que se identifica, é identificada e tratada por todos como pessoa de determinado gênero (“sexo”) deve ter a si reconhecido seu direito à retificação de seu registro civil independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização e de laudos psicológico e psiquiátrico para ter seus documentos adequados à identidade de gênero, mesmo porque “*A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade*” (TJRS, Apelação Cível n.º 70030504070, 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portanova, julgado em 29/10/2009);

**(ii) princípio da não-discriminação:** a negativa de retificação do prenome das pessoas transexuais implica em verdadeira (e arbitrária) **discriminação por identidade de gênero**, ao se negar reconhecer à pessoa um prenome e um sexo jurídico compatível com o gênero com o qual a pessoa se identifica, o que independe de cirurgia pelo descabimento da genitalização da pessoa humana aqui compatida;

**(iii) princípio da promoção do bem estar de todos:** tal princípio gera o dever estatal de garantir a todas as pessoas as melhores condições possíveis para que possam viver suas vidas sem constrangimentos e humilhações e para que tenham condições de buscar a felicidade, o que evidentemente também se aplica a transexuais, donde deve o Estado permitir a retificação do prenome e do sexo jurídico das pessoas transexuais, independentemente de realização da cirurgia e de laudos psicológico e psiquiátrico, pois **o direito à identidade pessoal (e sexual) não pode depender de intervenções médicas a quem a elas não deseja se realizar**. Afinal, “*A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social*” (TJRS, Apelação Cível n.º 70030504070, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Rui Portanova, j. 29/10/2009);

**(iv) princípio igualdade material:** pois ele demanda o tratamento desigual a situações desiguais, o que é relevante no sentido de que o princípio da imutabilidade do registro civil não se aplica a casos de transexualidade porque foi imaginado para a generalidade das pessoas, que não são transexuais, que se encontram em situação desigual às pessoas em geral no que tange à sua identidade pessoal (dissonante de seu sexo psíquico), donde deve a elas ser permitida a

retificação de seu registro civil para adequá-lo a sua realidade psicológica e social, de sorte a evitar que sejam expostas ao ridículo, a constrangimentos e humilhações diversas por seus documentos apontarem para uma realidade (biológica) que não se compatibiliza com sua realidade psicológica e social – “É meio de assegurar-lhe a dignidade, a liberdade, a integridade física e moral, a igualdade, pelo reconhecimento da sua diferença, através de conformação pessoal e única. De fato, também possui direito individual à identidade a pessoa que não corresponde à representação tradicional” (TJRS, Apelação Cível n.º 70022504849, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Rui Portanova, julgada em 16/04/09).

Afinal, na célebre **máxima de Boaventura de Souza Santos**, “*temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza*”<sup>7</sup>. Nesse sentido, impor a mesma consequência a situações desiguais, como a de transexuais e travestis relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras, implica em uma “**igualdade**” que **descaracteriza as pessoas trans**, razão pela qual devem ser consideradas em sua especificidade (o sofrimento subjetivo, a discriminação e os constrangimentos que notoriamente sofrem quando identificadas por seu nome civil e sexo biológico, distintos de sua identidade de gênero) para se garantir-lhe(s) o direito à retificação de prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia de transgenitalização e de laudos psicológico e psiquiátrico, o que desde já se requer;

(v) **direito humano à honra subjetiva e objetiva**: o deferimento da retificação de registro independente de cirurgia é necessário para que as pessoas transexuais e travestis deixem de ter o sofrimento subjetivo notório, inegável e/ou incontestável de ter uma documentação afirmando algo distinto de sua realidade psicológica e social (**honra subjetiva**) e, ainda, para que deixem de sofrer constrangimentos nas situações da vida em geral nas quais precisa apresentar a documentação civil que mostre o seu prenome (**honra objetiva**), visto que uma pessoa que se entende como mulher, é tratada e reconhecida como mulher no meio social em que convive não pode ser identificada documentalmente de forma distinta que não a de uma mulher (e vice-versa para o caso dos *homens trans*);

(vi) **direito humano à intimidade e à privacidade**: considerando que a transexualidade e a travestilidade referem-se a temas que só podem ser considerados, senão como esfera secreta da vida da pessoa (como entendemos ser/intimidade), como uma informação que ela tem a prerrogativa (o poder jurídico) de evitar que as pessoas em geral tenham ciência a menos que seja de seu interesse a elas contar (privacidade), tem-se que o direito humano à intimidade e/ou à privacidade das pessoas transexuais e travestis demanda(m) pela não-demonstração de sua transexualidade/travestilidade em seus documentos civis (documentos de identificação pessoal etc). Isso porque um documento com “nome” e “sexo” masculinos apresentado por uma pessoa de aparência feminina (e vice-versa) inegavelmente exterioriza a transexualidade/travestilidade da pessoa, de sorte a ser necessária a retificação do registro civil para **adequar seu prenome à sua realidade psicológica e social**, a saber, **de uma pessoa que se apresenta como mulher, é conhecida como mulher, é tratada como mulhere é, em suma, uma mulher**,

---

<sup>7</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. CHAUÍ, Marilena. *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento*, 1ª reimpressão, São Paulo: Editora Cortez, 2014, p. 30. Grifo nosso.

independentemente de sua genitália e/ou de sua biologia (e vice-versa para o caso dos *homens trans*);

(vi.1) **direito ao esquecimento** (implícito aos citados direitos humanos à **intimidade e à privacidade**): considerando, reitere-se, serem a transexualidade e a travestilidade informações relativas à esfera secreta da vida da pessoa que ela tem o direito de impedir que terceiros dela saibam, gera-se o ***direito ao esquecimento*** como direito da personalidade, a justificar a retificação das pessoas transexuais em seu registro civil independentemente de cirurgia de transgenitalização, para que ele não seja lembrado cotidianamente que nasceu com sexo biológico discrepante de sua identidade de gênero (o que gera ***notórios sofrimentos e constrangimentos às pessoas transexuais e travestis em geral***), e não o sejam lembrada de tal por terceiras pessoas que a discriminem, lhe “olhem torto”, lhe destratem etc – cabendo lembrar que, consoante disposto no **Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal brasileira**, a tutela da privacidade [e, conseqüentemente, da intimidade] compreende o controle das informações sobre a **condição sexual das pessoas**, donde a informação sobre o sexo biológico e, assim, da transexualidade e da travestilidade das pessoas só deve ser fornecida por ela e a quem ela deseje (e a **transexualidade/travestilidade de alguém é automaticamente revelada quando uma pessoa de aparência masculina apresenta um documento que indica um prenome feminino, e vice-versa no caso dos *homens trans***); e

(vii) **direito humano à saúde**, pois sendo a **saúde** definida pela **Organização Mundial de Saúde** (na sua *Constituição da Organização Mundial de Saúde*, de 1948<sup>8</sup>) como o **completo estado de bem-estar físico, psíquico e social** e não o mera ausência de patologia(s), consideramos que a pessoa transexual ou travesti pode ser considerada como de saúde prejudicada, não por ser detentora de uma “patologia” (somos contra a patologização das identidades trans, cf. o movimento *Stop Trans Pathologization*), mas por não ter um **bem-estar psíquico e/ou social** por conta da dissociação de seu *sexo físico* em relação a seu *sexo psíquico*, podendo a expressão *disforia de gênero* (SIC) ser entendida neste contexto (de necessidade de possibilitar o bem estar psíquico e social da pessoa transexual – e travesti). Sobre o tema, partindo deste conceito da OMS, a precisa lição de **Vidal Serrano Nunes Júnior e Sueli Gandolfi Dallari**<sup>9</sup>, segundo os quais pode-se definir a “*saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social*”, o que vem a reforçar a tese aqui defendida, já que **o Estado Brasileiro deve assegurar ao indivíduo transexual (e travesti) a possibilidade de adequar seu prenome e seu sexo jurídico à sua identidade de gênero independentemente de cirurgia de transgenitalização e de laudos psicológico e psiquiátrico para fins de garantia de seu completo estado de bem-estar psíquico e social.**

---

<sup>8</sup> Cf. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> (último acesso em 19.09.14).

<sup>9</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Direito Sanitário*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Verbatim, 2010, p. 13. Grifo nosso. Nesta obra transcreve-se o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, que afirma que “*Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade*”, ao passo que fala que o *desenvolvimento saudável* (da criança, mas que se aplica a todas as pessoas, a nosso ver) supõe *a capacidade de viver harmoniosamente com um mundo em constante mudança* [como condição] *essencial para* [o] *desenvolvimento* [das pessoas].

Aliás, sobre o direito à saúde, cite-se, ainda, os **Enunciados 42 e 43 da I Jornada de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça**<sup>10</sup>:

**Enunciado 42.** Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

**Enunciado 43.** É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Vale ainda citar a valiosa lição de **Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite**<sup>11</sup>, que aduzem, com absoluta razão, que o **direito à identidade pessoal**, que é direito fundamental implícito, garante o direito da pessoa ser reconhecida *“de acordo com o seu modo de ser, respeitadas todas as suas singularidades”* e que, como **direito de liberdade**, *“integra o núcleo do direito à identidade pessoal o direito à identidade de gênero”*. Assim, afirmam que, sendo *“indiscutível que, na esfera da identificação pessoal, no modo como o indivíduo concebe a si mesmo, de acordo com as próprias singularidades, o sentimento de pertencer a determinado gênero sexual é expressão das mais relevantes”*, tem-se que *“o direito à identidade de gênero, portanto, consiste na garantia de livremente definir a qual gênero sexual pertence, de acordo com os sentimentos mais íntimos, valores e convicções”*, assegurando-se ao indivíduo *“a prerrogativa de expressar o gênero feminino ou masculino, havendo ou não correlação com as características físicas, na medida em que prevalecem nesse contexto as certezas que a pessoa tem em relação a si mesma, conforme a sua verdadeira subjetividade”*. Dessa forma, concluem os autores, também com absoluta razão, que *“o sexo jurídico pode ser objeto de uma escolha livre do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, como expressão da dignidade humana”*, razão pela qual *“se a pessoa se identifica com o gênero feminino, se ela se vê desta forma, apresentando-se socialmente como mulher, ainda que fisicamente a genitália seja masculina (por não ter havido intervenção cirúrgica de transgenitalização), o direito deverá não apenas respeitar essa decisão pessoal como também reconhecer a sua validade, conferindo-lhe eficácia, para que as informações registradas sejam adequadas a essa realidade pessoal e social”*, sendo *“consequência inarredável da adequação do sexo jurídico, no registro civil, que a pessoa passe a ser tratada conforme a sua condição feminina em todas as esferas jurídicas (relações familiares, de trabalho, serviço militar, aposentadoria, contratos etc), para efeito de direitos e deveres, na medida em que o caso não é de mera alteração formal, restrita à realidade cartorial. É imperativo, sob pena de violação da sua personalidade jurídica, que no âmbito social e do direito seja admitida plenamente a sua condição de mulher”* – e, igualmente, a condição de homem aos **homens trans** (pessoas que nasceram com o sexo biológico feminino mas têm identidade de gênero masculina), com o que evidentemente concordam os autores, que certamente utilizaram o exemplo das *mulheres*

---

<sup>10</sup> Enunciados disponíveis em

[http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf) (acesso em 20.05.14).

<sup>11</sup> FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. *A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia de desenvolvimento pessoal*. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão (orgs.). **Manual dos Direitos da Mulher**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 224 e 233-234.

*transsexuais* por se tratar de obra coletiva relacionada aos direitos das mulheres, mas obviamente aplicam o mesmo entendimento em favor dos *homens trans*.

Logo, percebe-se que uma *interpretação convencionalmente adequada* à sistemática e à teleologia dos direitos humanos envolvidos demanda pelo reconhecimento da **violação dos direitos humanos de travestis e transsexuais** quando não os Estados não permitem a retificação de seu prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia de transgenitalização e de laudos psicológico e psiquiátrico (e quaisquer outros). Sobre pessoas travestis, salvo engano as mesmas em geral manifestam desejo de mudar “apenas” o prenome, por não se identificarem com o binarismo de gêneros socialmente imposto, mas, se desejarem, devem ter a si reconhecido tal direito também com relação ao sexo jurídico por conta unicamente de sua identidade de gênero.

**Como se vê, o conteúdo jurídico dos direitos humanos aqui apontados afasta qualquer conclusão de “impossibilidade jurídica do pedido” e mesmo de “falta de interesse de agir” para retificação de prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia e de laudos quaisquer**, como ainda insiste persistente jurisprudência reacionária a qual se explicita sinteticamente (em outro tópico) antes de refutá-la, ou mesmo de “falta de pressuposto processual” da mudança de prenome e sexo jurídico da pessoa transsexual (e travesti) pela não-realização de cirurgia de transgenitalização.

Passemos a desenvolver tais temas.

**3. CONCEITOS FUNDAMENTAIS. Identidade de gênero, transexualidade/travestilidade, gênero, sexo e transfobia. A complexidade das identidades humanas, a qual o Direito deve respeitar (direito à livre identidade de gênero). O NOME SOCIAL e os decretos estaduais/municipais que os reconhecem.**

**Transsexuais** são tradicionalmente definidos(as) como pessoas cuja *identidade de gênero* é dissonante do *gênero* socialmente atribuído a seu sexo biológico, ou seja, como pessoas que se identificam com o *sexo oposto* – ou, mais tecnicamente, com o *gênero* oposto àquele que se espera que ela assuma em razão de seu *sexo* (especificamente, sua genitália, biologia etc). Essa definição decorre da noção tradicional de *gênero*, classicamente relacionado à masculinidade e à feminilidade (ao *binarismo de gêneros*), ou seja, às características e condutas que se esperam das pessoas (e a elas imputadas) em razão de seu sexo biológico (ou, mais propriamente, as características socialmente atribuídas às pessoas em razão de seu *genital, ao nascer*). Tal compreensão foi criada por psiquiatras (*cisgêneros*) que naturalizaram o *binarismo de gêneros*, conceito este consagrado por volta das décadas de 1940 e 1950. Contemporaneamente, defende-se *gênero* como uma construção histórica, política e social, que muda de sociedade para sociedade, de tempos em tempos, ao longo da história, o qual (o gênero) foi historicamente utilizado como um mecanismo de controle social (basta lembrar como a mulher era inferiorizada relativamente ao homem no casamento civil heteroafetivo): tal evolução conceitual é defendida em razão da existência de *pessoas não-binárias*, aquelas não se identificam com masculinidade ou feminilidade (que se identificam com um pouco destes dois gêneros, ou que com eles não se identificam de

forma alguma)<sup>12</sup>, como as pessoas travestis. Assim, pode-se dizer que transexuais são pessoas que não se identificam com o gênero a elas atribuído quando nasceram. Logo, transexuais são ora pessoas do “sexo masculino” que se identificam com o gênero feminino, ora pessoas do “sexo feminino” que se identificam com o gênero masculino. Ou seja, para simplificar de forma leiga, pessoas designadas no nascimento como “homens” que se entendem como mulheres (*mulheres transexuais*) e pessoas designadas no nascimento como “mulheres” que se entendem como homens (*homens transexuais*). Logo, pessoas que, quando nasceram, foram identificadas como “homens” que, posteriormente, se identificaram como mulheres e vice-versa (pois as palavras “homem” e “mulher” estão diretamente relacionadas com masculinidade e feminilidade, as quais se referem ao gênero e não propriamente à genitália, genética ou biologia em geral da pessoa).

Portanto<sup>13</sup>, *transexual* é um termo que passou por uma evolução conceitual [ou, ao menos, deve ser assim compreendido]. Isso porque, tradicionalmente (na compreensão binarista explicada no parágrafo anterior), sempre se definiu a pessoa transexual como aquela que sofre uma dissociação entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico*, dissociação esta definida “tecnicamente” (de forma patologizante) como “*disforia de gênero*” (na expressão que se popularizou sobre o tema, é a pessoa que tem a certeza de que “nasceu no corpo errado”/sic), tendo assim [segundo essa visão tradicional] uma ojeriza a seu órgão sexual biológico e, por conta disso, deseja realizar uma cirurgia de “mudança de sexo” (atualmente designada de *cirurgia de transgenitalização*, melhor definida como a *adequação do corpo sexuado* da pessoa à sua identidade de gênero), além de não desejar que as pessoas em geral saibam que ela é transexual. Contudo, existem transexuais que, apesar de possuírem essa “disforia de gênero” (sic), não desejam realizar a cirurgia por uma série de fatores (medo da cirurgia, ausência de condições financeiras para realizá-la na iniciativa privada e temor de não ter prazer sexual com o *novo órgão sexual* construído cirurgicamente etc). Por outro lado, há transexuais que simplesmente não sofrem de uma ojeriza por seu órgão sexual, apenas não sentindo prazer genuíno durante a relação sexual [ou, ainda, simplesmente se identificando com o *sexo oposto*, ou melhor, com o *gênero* socialmente atribuído ao *sexo oposto*]. Assim, entende-se aqui que *transexual* é a pessoa que se identifica com o gênero oposto àquele socialmente atribuído ao seu sexo biológico e que geralmente não quer que as pessoas em geral saibam de sua transexualidade após a adequação de sua aparência a seu *sexo psíquico*. Trata-se, assim, de uma ***questão puramente identitária***, não médica, consoante explicado no parágrafo anterior e no seguinte, não obstante ter-se argumentado de acordo com a definição tradicional, patologizante e binarista, com a qual não se concorda.

---

<sup>12</sup> Essa definição contemporânea nos foi explicada pela ativista transexual **Daniela Andrade**, a quem agradecemos. Contudo, as definições apresentadas ao longo desta peça são de inteira responsabilidade do signatário, e quaisquer incompreensões devem ser atribuídas a ele e não a Daniela.

<sup>13</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2013, p. 83 (nota 90). No mesmo sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Minorias sexuais e ações afirmativas**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Edição, Brasília: Editora Consulex, 2013, p. 37 (nota 16). VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O direito do transexual, com ou sem filhos, à cirurgia de transgenitalização e o direito de travestis e transexuais à retificação de seu prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia**. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais – neste último artigo desenvolve-se raciocínio na linha defendida aqui nesta peça, a qual os desenvolve de forma bem mais detalhada.

Nesse sentido, a paradigmática lição de **Berenice Bento**<sup>14</sup>, com a qual se concorda inteiramente. Segundo a autora, “*a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero*”, sendo transexuais pessoas que “*ousam reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência*”. Isso porque, segundo a autora, enquanto o heterossexismo social afirma que “*Os gêneros inteligíveis obedecem à seguinte lógica: vagina-mulher-feminino versus pênis-homem-masculino*”, de sorte a institucionalizar o entendimento de que a complementaridade natural seria a prova inquestionável de que a humanidade seria necessariamente heterossexual e que os gêneros só teriam sentido quando relacionados às capacidades inerentes de cada corpo [ou seja, uma construção identitária que ligue necessariamente o *sexo biológico* do homem ao *gênero masculino* e o *sexo biológico* da mulher ao *gênero feminino*], por conta dessa presunção heterossexista, a transexualidade passa a representar um perigo para estas normas de gênero, “*à medida que reivindica o gênero em discordância com o corpo-sexuado*”. Assim, **a patologização da transexualidade foi uma das formas encontradas pela ideologia heterossexista para continuar a defender a heterossexualidade como única sexualidade admissível**, pois se as ações empíricas não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir das suposições oriundas das normas de gênero heterossexistas, ocorre a desestabilização destas normas de gênero, normas estas que se defendem geralmente pelo uso da violência física e/ou simbólica para manter essas práticas dissonantes às margens daquilo considerado por aquelas como humanamente normal. Assim, “*O processo de naturalização das identidades e a patologização fazem parte desse processo de produção das margens, local habitado pelos seres abjetos, que ali devem permanecer*” [por decisão arbitrária da ideologia dominante].

Por outro lado, considerando que **saúde** é definida pela **Organização Mundial de Saúde** como o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social e não o mero estado de não-patologia, consideramos que o transexual pode ser considerado como de saúde prejudicada – não por ser detentor de uma patologia, mas por não ter um bem-estar psíquico e/ou social por conta da dissociação de seu *sexo físico* em relação a seu *sexo psíquico*, podendo a expressão *disforia de gênero* ser entendida neste contexto.

Não se pode confundir “sexo” com “gênero”. Como os estudos feministas realizados ao longo do século XX demonstraram, a palavra *sexo* refere-se à diferença biologicamente imposta, em termos de genética e genitália, entre homens e mulheres, ao passo que a palavra *gênero* refere-se ao conjunto de características socialmente atribuídas às pessoas em razão de seu sexo biológico (aquilo que delas se espera por conta de seu *sexo*). Nesse sentido, uma nota sobre a legislação comparada: alguns países mundo afora definem a *transexualidade* como um “terceiro sexo/gênero”, mas, em razão do supra exposto, isso nos parece uma má-compreensão. Primeiro, não se pode falar em terceiro “sexo”. *Sexos* temos dois, na medida em que a palavra *sexo* refere-se à questão biológica relativa aos genes e à genitália das pessoas (consequentemente, à sua capacidade reprodutiva). *Gêneros* referem-se às características socialmente atribuídas às pessoas em razão de seu sexo biológico. Logo, considerando que **não pode se genitalizar a pessoa humana, nem biologizá-la** (o ser humano é um ser social, político e afetivo, não um ser puramente ou

---

<sup>14</sup> Cf. BENTO, Berenice. **O que é a Transexualidade**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 2008, pp. 15, 18, 31-35. Grifos nossos.

mesmo predominantemente biológico, com as relações sociais sendo muito mais determinantes à personalidade e identidade das pessoas do que a pura e simples biologia), não deve a transexualidade ser vista como um *terceiro gênero*. A travestilidade, por sua vez, parece poder sê-lo, cf. infra.

Segundo **Geraldo Tadeu Moreira Monteiro**, “As relações de gêneros definem-se, em primeiro lugar, por oposição ao conceito de relações entre os sexos. Os estudos feministas da década de sessenta impuseram uma *distinção curial entre sexo e gênero*, que os estudos sociológicos incorporaram amplamente”, na medida em que “Enquanto o primeiro tem uma aceção nitidamente biológica – o *sexo* é uma condição prescrita biologicamente ao indivíduo, o segundo preconiza uma visão cultural e psicossocial da condição sexual – o *gênero* é uma identidade socialmente construída à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau (Millett, 1969)” razão pela qual “o *gênero*, embora ligado ao *sexo*, não lhe é idêntico, mas *construído socialmente*”<sup>15</sup>. Nesse sentido, segundo **Richard Dunphy**, a distinção entre sexo e gênero foi popularizada por Ann Oakley, para quem “‘*Sexo*’ é uma palavra que se refere às diferenças biológicas entre homens e mulheres, a visível diferença de genitália e as respectivas diferenças de funções procriativas. ‘*Gênero*’, contudo, é uma *questão de cultura*: refere-se à classificação social entre ‘masculino’ e ‘feminino’ (Oakley, 1972: 16)”<sup>16</sup>.

Logo, na definição do **Texto-base da I Conferência Nacional [brasileira] de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais** (p. 50), realizada em 2008, **gênero** é “o conjunto de normas, valores, costumes e práticas através das quais a diferença entre homens e mulheres é culturalmente significada e hierarquizada. Envolve todas as formas de construção social das diferenças entre masculinidade e feminilidade, conferindo sentido e inteligibilidade social às diferenças anatômicas, comportamentais e estéticas. Contemporaneamente se compreende que não há linearidade na determinação do sexo sobre o gênero e sobre o desejo, sendo o gênero uma construção individual, social e cultural que sustenta a apresentação social da masculinidade e/ou da feminilidade por um indivíduo” (grifos nossos).

Assim, segundo os **Princípios de Yogyakarta**<sup>17</sup>, em definição ratificada pelo citado Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (2008, p. 51): “Compreendemos a **identidade de gênero** a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. Não deve ser confundida com a *orientação sexual*, que os Princípios de Yogyakarta definem como “uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”. Em síntese, a identidade de gênero refere-se às

---

<sup>15</sup> MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *Construção Jurídica das Relações de Gênero. O Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora do Brasil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 17. Grifos nossos.

<sup>16</sup> DUNPHY, Richard. *Sexual Politics. An Introduction*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000, p. 37. Grifos nossos. Tradução livre.

<sup>17</sup> Cf. [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf) (último acesso em 19.05.14).

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

peças travestis, transexuais e cisgêneras (“não-transgêneras”), enquanto a orientação sexual refere-se à homossexualidade, heterossexualidade, bissexualidade e à assexualidade, na medida em que a identidade de gênero refere-se ao gênero com o qual a pessoa se identifica (se a pessoa se identifica com a masculinidade ou a feminilidade) e a orientação sexual refere-se ao sexo/gênero que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva (ao corpo, masculino ou feminino, que lhe atrai).

Segundo a manifestação dos grupos Nuances e Igualdade, em processo pendente de julgamento na Suprema Corte brasileira (ADI 4275, proposta em 2009) (pp. 30-31 e 34-35 da manifestação), que culmina com importante interpretação da legislação de regência ao caso deste processo:

*Da mesma forma que a filiação biológica indica uma possibilidade que muitas vezes se concretiza (os pais biológicos muitas vezes terão grande afeto pelo filho e cumprirão seus deveres parentais), **a genitália indica uma possibilidade**: a pessoa com uma vagina provavelmente se identificará como mulher e assumirá posições sociais socialmente atribuídas a uma mulher, e a pessoa com um pênis provavelmente se identificará como homem e assumirá as posições sociais socialmente atribuídas a um homem.*

***De maneira semelhante à filiação e paternidade biológicas, que não resultam necessariamente em vínculos sociais, pessoas designadas como pais e filhos, a sexualidade não decorre exclusivamente de certa característica anatômica, é dizer: de forma análoga aos pais adotivos, que são pais sociais mas não biológicos, as pessoas transexuais não possuem aquele índice biológico original (a genitália atribuída ao gênero masculino ou feminino), mas se identificam socialmente com o gênero que não lhes foi atribuído inicialmente e exercem papéis sociais socialmente ligados ao gênero com o qual se identificam.** Esse raciocínio se estende a todos os demais atributos biológicos mencionados como faltantes às pessoas transexuais, como órgãos reprodutores e capacidade procriativa, mencionados às fls. 82 e 83.*

***Várias dessas características não se exigem das pessoas não-transexuais, não deixando uma mulher de ser mulher após sofrer histerectomia ou mastectomia, como muitas vezes o tratamento do câncer exige, nem após a menopausa ou a descoberta da infertilidade. Tampouco o homem deixa de ser homem por não ter pênis, testículo ou ser estéril.***

*Frise-se que o Senado Federal em sua manifestação ao insistir na transgenitalização como critério para a alteração do sexo (11. 125), foca-se na experiência das mulheres transexuais e, assim, revela uma visão falocêntrica, esquecendo-se dos homens transexuais, para quem a neofaloplastia muito comumente é insatisfatória.*

***A sexualidade (o exercício da atividade sexual) não se define, portanto, apenas pelo caráter anatômico de um certo corpo. Ela se define no seu exercício e no reconhecimento social que tal exercício implica.** As pessoas fazem sexo e, ao fazê-lo, relacionam-se com os outros: com o parceiro da atividade sexual no campo restrito da vida erótica, mas também com todos os outros membros de seu grupo social, na medida em que se reconhece sua sexualidade. **O ser humano é sexuado por definição, mas o exercício da sexualidade não é, na espécie humana, determinado fisiologicamente.** Tanto assim que em nossa espécie desapareceram as “estações de acasalamento”, o ciclo fértil das mulheres encontra-se totalmente desvinculado das estações do ano, e a atração sexual entre os membros da espécie não é mais determinada (e limitada) ao*

*acasalamento procriativo. Dessa distinção factual resulta a distinção corrente entre sexo e gênero: o sexo como biologia, o gênero como identidade pessoal e social.*

[...]

**A definitividade da sexualidade, enfim, não advém das inúmeras alterações físicas a que se submetem as pessoas transexuais - que variam entre a extensão dos cabelos e unhas, tratamento hormonal, cirurgias plásticas em diversas partes do corpo, histerectomia e mastectomia dupla ou mamoplastia, e neofaloplastia ou neovaginoplastia - mas da identificação cotidiana dessas pessoas com o gênero que não lhes foi originalmente atribuído.**

[...]

*Do exposto, **conclui-se que a genitália é apenas um índice provável do gênero que a pessoa desenvolverá mais tarde**, constituindo um mecanismo eficiente para a maioria dos casos, mas que se revela limitado relativamente às pessoas transexuais, que se identificam com o gênero que não lhes foi atribuído e que elas desenvolveram posteriormente ao nascimento.*

*Esta **concepção de sexo como gênero dá conta de todos os paradigmas já comentados, nos quais pessoas não-transexuais não perdem seu sexo masculino ou feminino em razão da perda de algum atributo anatômico, bem como do caso específico das pessoas transexuais, cuja identidade de gênero formou-se após a declaração de terceiro para o registrador.***

**A perspectiva explanada também harmoniza a interpretação pretendida do artigo 58 da LRP com o princípio da veracidade registrária, mais especificamente o art. 1.604 do CC, vez que o sexo concebido como gênero pode vir a se desenvolver em contrariedade à expectativa decorrente da genitália, merecendo a pessoa transexual a retificação do que, posteriormente ao registro, demonstrou ser um erro.** (grifos nossos)

Ademais, imperiosas as considerações **Márcia Rocha**, ativista travesti, e de **Daniela Andrade**, ativista transexual, acerca das questões de gênero e de identidade de gênero, devendo as lições supra serem compreendidas no sentido das falas que se passa a transcrever.

Segundo **Márcia Rocha**<sup>18</sup>:

**Identidades existem, tão múltiplas quanto os seres humanos, cada um com uma identidade única e exclusiva. Se uso algum item de vestuário ou faço alguma modificação física para me adequar aos outros, por moda, para atrair terceiros ou algum motivo externo, não é expressão identitária. No entanto, se coloco seios de silicone para agradar à mim mesma porque me identifico com isso e me faz bem ser assim, isso é uma expressão de algo que vai dentro de mim.**

**Gênero, embora socialmente construído, existe à nossa volta e é apreendido (inferido) pelas múltiplas identidades durante a formação da personalidade na infância, em igualmente múltiplas e variadas formas.**

*Quando indivíduos de características físicas ou identitárias se agrupam em busca de direitos, demandas ou apoio mútuo, como travestis e transexuais, assim como negros, mulheres, etc, apenas estão buscando uma união de forças que não significa (ou não deveria significar) que essas pessoas são todas iguais e padronizadas.*

**O termo ‘transgênero’ é um termo internacionalmente utilizado que inclui toda e qualquer**

---

<sup>18</sup> Cf. <https://www.facebook.com/marcia.rocha.33/posts/519065331555244> (acesso em 27.06.2014).

*peessoa que não se sente adequada ao modelo de gênero que sua cultura determina como correspondente ao sexo biológico de seu nascimento. No meu entender, quem se traveste por diversão ou por profissão (shows) não é transgênero, uma vez que sua identidade é cisgênera, da mesma forma que uma pessoa que gostaria de mudar o corpo mas não o faz em razão do mundo que @ cerca, seja por trabalho, família, etc... É TRANSGÊNER@, embora não demonstre publicamente.*

*Travestis possuem características comuns entre si, como transexuais e também pessoas que não se enquadram em absolutamente nenhum grupo identitário de gênero, nem como homem ou mulher. Esses são todos transgêneros.*

**Lutar por direitos transgêneros não é reforçar que uma característica de identidade é melhor ou mais do que outra. É, ao contrário, buscar a quebra de valores machistas e moralistas que hierarquizam um gênero (masculino e feminino) sobre outro, deslegitimam a existência de qualquer outra identidade que não seja as padronizadas e lutar para que todos os seres humanos sejam reconhecidos e respeitados IGUALMENTE com todas as suas características físicas ou identitárias, sejam elas quais forem.**

*Não há uma característica humana melhor ou pior, há GENTE. Mas grupos com características semelhantes TÊM SIM, direito a se unir e lutar contra injustiças que os afligem, desde que não se esqueçam de que os demais grupos também têm esse mesmo direito.*

*Duas pessoas se afogando não percebem que subir no outro para respirar, só irá fazer com que o outro afunde e morra primeiro mas não evita que ele seja o próximo. Antes, gritem juntos por socorro, pois serão duas vozes, serão duplamente mais audíveis. (grifos nossos)*

fala: **Daniela Andrade**<sup>19</sup> bem complementa essas considerações com a seguinte

*Eu não acredito que as pessoas se tornem homens ou mulheres como quem um dia se olha no espelho e decide ser o que se é. Se fosse uma decisão, o menos doloroso seria escolher ter a identidade que a sociedade considera correta, 'normal', 'adequada'. Seria não escolher as identidades consideradas abjetas demais para ter direito aos direitos humanos.*

*Uma coisa é eu performatizar papéis de gênero, ainda que eu seja mulher, eu posso muito bem comportar-me, vestir-me, falar ou até mesmo pensar da forma que a sociedade ditou que só pode ser própria de um homem.*

*Não existe nenhuma mulher e nenhum homem, mesmo na sociedade binária e cisgênera, que não transgrida padrões de gênero. E esses padrões vão mudando de tempos em tempos, de localidade para localidade. Até ontem mulher não poderia usar calça, homem não poderia furar a orelha, mulher não poderia trabalhar fora, homem não poderia se depilar: eram padrões que foram quebrados em muitos locais e continuam a ser quebrados em outros.*

*[Mas a] **Performance de gênero não precisa estar diretamente correlacionada à construção histórica da minha certeza quanto à minha identidade [de gênero] de mulher.** Essa construção é social, pois a sociedade dita o tempo todo o que é ser homem e o que é ser mulher*

---

<sup>19</sup> Cf. <https://www.facebook.com/danielaumalutadora/posts/259025460967704> (acesso em 27.06.2014).

**GADvS**  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

- únicos dois gêneros legitimados socialmente, a sociedade dita que anatomia deve ter um homem e uma mulher, como devem falar, se vestir, namorar, transar, pensar, respirar.

*É **bio**[lógica], pois não posso fingir que a formação cerebral do feto, a exposição ou não ao hormônio testosterona, a genética não contribuem para a formação do indivíduo, para a aquisição de probabilidades e pertinências que irão aproximar ou afastar aquela pessoa de determinada conformação psíquico-psicológica acerca de si mesma.*

*E é **psico**[lógica], pois passamos o tempo engolindo essas regras, todos esses ditames de gênero, isso é trabalhado em nosso consciente e inconsciente, e é reprojeto para a sociedade de acordo com o que essa sociedade esperava ou não. Em função da nossa resiliência, da nossa estrutura psíquica, do nosso arcabouço teórico no que toca o mundo a nossa volta, em função das nossas próprias certezas e dúvidas.*

***Quando eu digo que sou mulher, isso pode não ter nada a ver com o significado da mulher esperada socialmente, da mulher dos comerciais da TV e das capas de revista, isso pode significar que eu não tenho nenhuma vontade de adequar meu corpo ao corpo padronizado para a mulher. Eu posso ser uma mulher sem ser a mulher que a sociedade quer ler como mulher.***

***Nesse sentido, eu digo que eu posso brincar com os papéis de gênero, pois os papéis de gênero são como roupas que eu tiro, que eu ponho, que eu me desnudo. Meu corpo é meu palco, é meu território político, é meu alicerce para toda uma vida. Eu posso performatizar gêneros. Mas a minha mais interior referência e perspectiva acerca da minha própria identidade, pode não estar ligada diretamente ou não completamente àquilo que está sendo exibido exteriormente.***

***Dado isso, há pessoas que passam anos da sua vida sem poder externalizar sua real identidade de gênero, anulando-se e mortificando-se para ser a pessoa que a sociedade impõe que sejamos. Para performatizar e expor para o mundo apenas o papel de gênero, mentindo ser essa sua identidade, com o qual foi registrada. Para seguir o mentiroso paralelismo que a sociedade cisgênera e heterossexual faz entre genital, identidade de gênero e orientação sexual, dizendo-nos o tempo todo que se você nasceu com uma vagina, você só pode e só deve ser mulher, não há outra alternativa, e que você deve se atrair por homens. Se você nasceu com um pênis, você só pode e só deve ser homem, não há outra alternativa, e que você deve se atrair por mulheres.***

***Eu posso raspar a minha cabeça, posso tirar toda a minha roupa, posso parar o uso de hormônios, posso não me submeter a nenhuma cirurgia de feminilização e ainda assim continuar com a certeza de que sou mulher, pois tudo isso são apenas construções para papéis de gênero, mas o que me é mais interior, ele vai existir com ou sem esses acessórios. A certeza que vem do meu âmago, do meu íntimo que é um constructo que traduz muito da minha história, de todas as partes que formaram esse eu: o meu corpo anatômico, o meu corpo social, o meu aparelho mental, a relação que durante anos tive com a minha família e a ligação e elaboração de todas as situações e considerações que escolhi ou fui obrigada a escolher em minha vida. (grifos nossos)***

Aqui cabe uma citação à célebre obra de **Simone de Beauvoir**, que revolucionou a literatura feminista em meados do século XX. Começemos com a célebre frase que marcou o feminismo de nossos tempos e que abre o segundo volume da obra<sup>20</sup>:

**NINGUÉM NASCE MULHER, TORNA-SE MULHER.** *Nenhum destino biológico, psíquico, econômico, define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. Só a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um outro. Enquanto existe para si, a criança não pode apreender-se como sexualmente diferenciada. Entre rapazes e raparigas, o corpo é, em primeiro lugar, a irradiação de uma subjetividade, o instrumento que efetua a compreensão do mundo: é através dos olhos, das mãos, e não das partes sexuais, que apreendem o universo. [...]*

Esse trecho é, na verdade, a conclusão da série de considerações feitas pela autora no primeiro volume. Nela, explica **Simone de Beauvoir**<sup>21</sup>:

*[...] sendo o corpo o instrumento do nosso domínio do mundo, este apresenta-se de modo inteiramente diferente segundo seja apreendido de uma maneira ou de outra. Eis porque o estudamos tão demoradamente; são chaves que permitem compreender a mulher. Mas o que recusamos é a ideia de que constituem um destino imutável para ela. Não bastam para definir uma hierarquia dos sexos; não explicam porque a mulher é o Outro; não a condenam a conservar para sempre essa condição subordinada. (grifos nossos)*

Aplicado este entendimento ao tema da transexualidade, é evidente que a biologia não define a personalidade de uma pessoa e, portanto, a sua *identidade de gênero*. Masculinidade e feminilidade não são vinculados indissociavelmente à biologia, que é algo secundário. ***Não se nasce homem/mulher, torna-se homem/mulher.*** Masculinidade e feminilidade são questões relativas à *identidade de gênero*, não à biologia. Afinal, reiterando mais uma vez os já citados **Princípios de Yogyakarta**, a identidade de gênero é “*a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos*”<sup>22</sup>.

Continuemos.

Alguns Estados e Municípios brasileiros, bem como algumas Universidades Públicas, têm tomado medidas pontuais para tentar amenizar as situações de constrangimentos e humilhações pelas quais pessoas transexuais (e travestis) quando são obrigadas a se apresentar por um nome incompatível com sua identidade de gênero (por exemplo, uma pessoa que se veste, se apresenta e se porta como uma *mulher* mas tem um prenome masculino, e vice-versa).

---

<sup>20</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Volume II. Tradução de Sérgio Millet. Lisboa: Quetzal Editores, p. 13.

<sup>21</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Volume I. Tradução de Sérgio Millet. Lisboa: Quetzal Editores, p. 73.

<sup>22</sup> Cf. [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf) (último acesso em 19.05.14).

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Cite-se, exemplificativamente, o **Decreto Municipal Paulistano n.º 55.510/2010** e o **Decreto Estadual Paulista n.º 55.588/2010**, que determinam que os órgãos do Poder Público (respectivamente) do Município e do Estado de São Paulo respeitem o nome social das pessoas travestis e transexuais que isto pleitearem.

No âmbito universitário, a **Universidade Estadual do Rio de Janeiro** também já respeita o nome social de alunos(as) travestis e transexuais. Na palavra de uma de suas docentes<sup>23</sup>:

*- **É um direito que o candidato tem de não passar por constrangimento nem discriminação. É mais uma medida de inclusão e de respeito à diversidade, uma posição diante do mundo, que está totalmente transformado. Temos que garantir direitos a essas pessoas.** O primeiro (candidato ao vestibular da Uerj) que pediu eu até aplaudi — afirma a **professora Elisabeth Murad**, diretora do Departamento de Seleção Acadêmica da Uerj. (grifos nossos)*

Contudo, mesmos os decretos estaduais e municipais não são suficientes para garantir a cidadania das pessoas transexuais e travestis. Afinal, como o signatário sempre fala, os decretos só vinculam a Administração Pública, valendo, por assim dizer, como ordens do “presidente da empresa pública”, o(a) Chefe do Poder Executivo respectivo, à sua “empresa”, a administração pública respectiva. Mas eles não vinculam a iniciativa privada. As pessoas travestis e transexuais até mostram os decretos a tais empresas/pessoas privadas, mas nem todas os tomam como paradigma. Cite-se como exemplo a posição de uma instituição privada já falou, em resposta a notificação extrajudicial enviada pelo signatário na qualidade de (então) advogado do Centro de Referência de Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia da Prefeitura de São Paulo (CCH/PMSP) (que atualmente se chama *Centro de Cidadania LGBT*). Ela afirmou que atuava em “exercício regular de direito” (SIC) ao chamar uma pessoa transexual por seu nome civil e não por seu nome social. Ora, que pseudo “direito” é este, direito de discriminar a pessoa por sua identidade de gênero? Afinal, identificar uma pessoa transexual por seu nome civil e não por seu nome social implica em discriminação por identidade de gênero, evidentemente vedada pela proibição de discriminações em geral, por não respeitar o gênero com o qual a pessoa transexual/travesti se identifica. Tal fato gerou denúncia com base na Lei Estadual Paulista n.º 10.948/01 (lei anti-homofobia/transfobia), sendo a Instituição de Ensino Superior em questão condenada por ato transfóbico, à pena de advertência (não obstante o pleito de aplicação de multa, rejeitado também em grau de recurso – processo administrativo SJDC n.º 1262/2012, perante a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo).

Sem falar que há pessoas que dizem, de maneira surreal, que configuraria “crime” de “falsidade ideológica” (SIC) a identificação da pessoa pelo seu nome social. Um absurdo verdadeiramente desafiador da inteligência, na medida em que a identificação civil da pessoa é arquivada no Departamento de Recursos Humanos (etc) da empresa em questão, podendo ser fornecida a quem de direito em caso de requisição judicial (inacreditavelmente, as pessoas transexuais e travestis rotineiramente ouvem isso, o que fazer em caso de requisição judicial, policial etc...). Além do que chamar uma pessoa pelo seu nome social, sabendo que é distinto do seu

---

<sup>23</sup> Cf. <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/enem-2014-travestis-transexuais-poderao-usar-nome-social-diz-mec-12444775#ixzz36MBkkyOT> (ultimo acesso em 02.07.14).

nome civil, evidentemente não se enquadra no tipo legal, já que a pessoa não mentiu e, de qualquer forma, a sua identificação por seu nome social não tem “*o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”, não dando à pessoa transexual/travesti”, como exige o tipo legal (art. 299 do Código Penal brasileiro). Não se visa obter “vantagem” (ainda mais “ilícita”) em razão disso. É um verdadeiro absurdo, um legalismo cego avalorativo, absolutamente acrítico e desafiador da inteligência, sempre convenientemente usado para discriminar as pessoas transexuais e travestis... (embora muitas vezes repetido por diversas pessoas)

Passemos agora ao exame da questão da travestilidade.

**Travestis** são pessoas que não se identificam perfeitamente nem com o gênero masculino nem com o gênero feminino. Há relatos de pessoas travestis no sentido que o *binarismo de gêneros* não lhes representa. Ou seja, para simplificar, não se identificam nem como *homens* (com a masculinidade) nem como *mulheres* (com a feminilidade). Identificam-se como *travestis* e querem ser, como tais, respeitadas, inclusive quanto a seu *nome social*. Talvez seja correto falar, assim, que a travestilidade poderia ser considerada como um *terceiro gênero*, formado por pessoas que não se identificam nem com a masculinidade, nem com a feminilidade, ao menos de forma integral.

**Entende-se aqui que a mesma *ratio decidendi* que justifica o direito de transexuais também justifica o direito das pessoas travestis retificarem seu prenome e sexo jurídico independente de cirurgia de transgenitalização e laudos psicológico, psiquiátrico e quaisquer outras. Deve-se reconhecer o direito das pessoas transgêneras<sup>24</sup> retifiquem seu prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia de transgenitalização.** A questão do **prenome** é idêntica nos dois casos, já que tanto pessoas travestis quanto pessoas transexuais têm um *apelido público notório* (art. 58 da Lei de Registros Públicos) distinto de seu prenome civil – e o *apelido público notório* é um conceito absolutamente equivalente ao de *nome social*, expressão já difundida relativamente ao prenome condizente com a identidade de gênero das pessoas travestis e transexuais. Sobre a autopercepção relativamente ao **sexo** não ser idêntica nas pessoas travestis e transexuais, na medida em que transexuais se identificam com um dos gêneros do binarismo de gêneros tradicional (feminino ou masculino) e travestis não se sentem totalmente abarcadas nem pela masculinidade nem pela feminilidade (daí o signatário ter afirmado, aqui, que *talvez* possa-se definir a travestilidade, embora como um *terceiro gênero*), se a legislação só reconhece, como *sexo jurídico*, um dos dois gêneros tradicionais (feminino ou masculino) e por ser de um absurdo totalitarismo impor a alguém um gênero (“sexo”) em sua documentação com o qual ela não se identifica, **cabe deixar às pessoas transexuais a decisão sobre qual o gênero (e o prenome) com o qual elas se identificam e às pessoas travestis a decisão sobre qual o gênero com o qual elas mais se identificam (e o prenome com o qual se identificam), dado que o sistema jurídico, salvo melhor jurídico, impõe o binarismo de gêneros.**

Até porque, Excelências, sejamos pragmáticos: caso se limite o direito à retificação de prenome e sexo jurídico a pessoas transexuais, as pessoas travestis irão assim se

---

<sup>24</sup> Termo que abarca travestilidade e transexualidade, enquanto pessoas que contrariam as normas de gênero socialmente impostas a elas.

definir para conseguirem os laudos exigidos para poderem ter seu direito à identidade pessoal (e sexual) reconhecido pelo Estado. A uma, é um absurdo totalitarismo o Estado não reconhecer à pessoa o direito de se identificar pelo prenome e pelo sexo jurídico com os quais mais se identifica (e, se os registros públicos visam espelhar a realidade, é a realidade psicológica e social que eles devem espelhar, sendo fonte de insegurança jurídica identificar-se uma pessoa com um “prenome” e um “sexo” incompatíveis com a identidade de gênero que ela exterioriza e vivencia, ou seja, identificar uma pessoa de aparência feminina com um prenome e um sexo jurídico masculinos e vice-versa). A outra porque o Estado não tem como saber se a pessoa que se apresenta como transexual seria, na verdade, uma pessoa travesti se passando por transexual para poder retificar seu registro civil. Por fim, porque a AUTONOMIA MORAL inerente à dignidade da pessoa humana garante às pessoas o direito de se identificarem da forma como efetivamente se entendem, sendo um inadmissível totalitarismo que se possa impor às pessoas travestis e transexuais uma identidade de gênero com a qual não se identificam.

Em razão da visão patologizante das *identidades transgêneras* que impõe, para que se permitam as cirurgias de transgenitalização, o enquadramento de pessoas reais a condições patologizantes idealizadas por seus criadores (cisgêneros), no Brasil atualmente regulamentadas pela Resolução n.º 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM) brasileiro, **na prática temos pessoas travestis que pura e simplesmente se identificam como “transexuais” para poderem receber o tratamento multidisciplinar imposto pela regulamentação do CFM para se realizar a cirurgia de transgenitalização. Logo, deve-se reconhecer aqui também o direito das pessoas travestis retificarem seu prenome e seu sexo jurídico, também independentemente de cirurgia ou laudos psicológico, psiquiátrico e quaisquer outros.**

### **3.1. A DURA REALIDADE DA POPULAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS E A ABSOLUTA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE SEU DIREITO HUMANO À RETIFICAÇÃO DE PRENOME E SEXO JURÍDICO INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO E DE LAUDOS PSIQUIÁTRICO, PSICOLÓGICO E QUAISQUER OUTROS. MEDIDA NECESSÁRIA À IMPLEMENTAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, DA INTIMIDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA REFERIDA POPULAÇÃO.**

As pessoas transexuais e travestis) são vítimas de inegáveis constrangimentos, humilhações e discriminações diversas em suas vidas cotidianas em razão de sua identidade de gênero ser distinta daquela socialmente atribuída a seu sexo biológico e, especificamente no que tange a essa ação, em razão de seus documentos de identificação civil apontarem um prenome e um sexo jurídico distintos daqueles que elas vivenciam. Explique-se.

Inúmeros são os casos de pessoas transexuais e travestis que sofrem diversos constrangimentos e discriminações pelo fato de seus documentos de identificação civil conterem um prenome e um sexo jurídico incompatíveis com a sua identidade de gênero. Mesmo nos serviços públicos, há relatos e mais relatos de pessoas que sofrem o constrangimento de serem chamadas por seu nome civil (imagine-se, uma pessoa de aparência feminina sendo chamada por um prenome masculino, e vice-versa). Como formulários de identificação em geral não possuem um campo destinado ao *nome social* das pessoas transexuais (e travestis), por vezes isso ocorre sem

malícia do(a) funcionário(a) em questão. Em outras situações, há pura e simples *transfobia*, de pessoas que, mesmo cientes de que a pessoa é transexual (ou travesti) e, portanto, não se identifica com o prenome incompatível com sua identidade de gênero, ainda assim insistem em chamá-la por seu prenome civil, menosprezando a angústia, sofrimento, constrangimento e discriminação que isso lhe causa...

Vejamos, sobre isso, o relato de **Daniela Andrade**, em artigo escrito no portal *#merepresenta*<sup>25</sup>, que mostra que, realmente, estamos vivendo o absurdo da *banalidade do mal transfóbico* na atualidade:

**Aí você fala para a pessoa que você se identifica, se reconhece como mulher e precisa ser tratada como mulher. A pessoa ignorante replica: “Se eu me reconhecer como gnomo, não sou um gnomo”. Pois bem, e se a sociedade impor que eu sou um homem, isso não significa que eu sou um homem. Pois nada na minha anatomia pode definir qual meu gênero, pois gênero é imposição social embasado em verificação genital.** Isso significa que, a criança nem nasceu, mas no útero faz-se a primeira cirurgia, a cirurgia linguística, como diz **Berenice Bento**, que funda uma realidade e impõe um destino ao se dizer qual sexo-gênero a criança tem por base no genital. Mas qualquer estudo mais superficial sobre a construção do gênero, das identidades de gênero, irá dar conta que nem todas as pessoas irão conseguir se sentir confortáveis dentro do gênero imposto. E isso nada tem a ver com capricho, com frescura, afinal de contas, é mais fácil ser uma pessoa que segundo as estatísticas nacionais e internacionais perfaz um grupo que possui como expectativa de vida 30 anos apenas? Que não tem no Brasil direito assegurado a ter um nome respeitado, a usar um banheiro em acordo com o que a Constituição Federal determina quando diz que o estado deve assegurar a dignidade da pessoa humana? Que está no grupo que mundialmente é apontado como o mais assassinado e discriminado, vulnerável e expulso para as margens da sociedade, empurrado para a prostituição? E, se há um desacordo entre o gênero que a pessoa reconhece como seu e o gênero imposto, evidente que o indivíduo, aquilo que cada pessoa considera de mais pessoal a fim de ser respeitada, que é a sua identidade, o seu núcleo íntimo, outrossim, também a observância do nome pelo qual a pessoa quer ser tratada para não se sentir humilhada, é que deve prevalecer. Inclusive conforme ditam os tratados internacionais de direitos humanos – ver os **princípios de Yogyakarta**, que dão conta da legislação internacional no que tocam os direitos também das pessoas trans, sobretudo a parte que fala sobre identidade de gênero. A **dignidade da pessoa humana** é a origem e o núcleo de todas as democracias modernas e a base dos direitos humanos, em que **o respeito a cada cidadão não podem ser objeto de escolha ou ressalva pela parte de um estado ou uma sociedade impositivos, não é o estado ou terceiros que devem determinar qual identidade possui cada pessoa, mas a pessoa é que tem soberania para se autodefinir, para autodeclarar e proclamar a sua humanidade, inscrita aqui em um sistema identitário. Vale lembrar que os seres humanos não são produto de uma fábrica de produção em série, em que se nasceu com pênis, automaticamente e com toda certeza irá se reconhecer como homem; e se nasceu com uma vulva/vagina, como mulher.** Também vale lembrar que esse binário homem/mulher não é prevalente em todas as sociedades, há sociedades em que se legitimam mais de dois gêneros – ou seja, lá as pessoas não nascem homem ou mulher apenas, afinal não nascemos com gênero nenhum, nascemos sim com determinada anatomia. **Gênero é construção e imposição social, e identidade de gênero é construção biopsicossocial.** Os seres humanos são singulares, cada um é um universo à parte, por que todos

---

<sup>25</sup> ANDRADE, Daniela. **Respeito às identidades trans**. Disponível em: <http://merepresenta.net/respeito-as-identidades-trans-2/> (acesso em 20.05.14).

nos identificaríamos exatamente da mesma forma? Pois assim a sociedade que cria regras e impõe violentamente sua ditadura de gênero à todas as crianças e adultos quis?

Regras de gênero não podem destruir ou não podem sempre destruir processos de construção identitária que acontecem desde muito antes de introjetarmos todos os valores sociais.

**Ou seja, não é um chiste das pessoas trans dizerem que não se reconhecem como pertencentes a determinado gênero, não dá para fazer chiste ao longo de uma vida, sofrendo as diversas represálias e violências por terem ousado romper com as regras que ligam genital a gênero; aliás, muitos cientistas da área de gênero dão conta da importância do aparelho mental, do psiquismo nesses processos que acontecem de forma consciente e inconscientemente, ainda não completamente estudados e desvendados.**

**Em suma, é muito rasa e ignorante a frase repetida transfobicamente fazendo simetria entre pessoas trans se reconhecerem como pertencentes a um gênero diverso do imposto, e pessoas surtarem de que são um gnomo, o Batman, um cachorro.** Ou até mesmo, pessoas que perdem a noção da realidade – e aqui, a possibilidade de que pessoas que não são trans também percam essa noção é imensa, o que não faltam são pessoas com complexo de infinita grandeza, que acham que são capazes de decidir pelos outros o que é de mais íntimo para os outros, de definir pelos outros a identidade que não lhes pertence.

**Mais estudo, mais empatia, mais humildade e menos preconceito. (grifos nossos)**

Permitimo-nos transcrever mais uma fala desta importante ativista transexual, em página de sua rede social<sup>26</sup>, demonstrando a indignação com esse (*data maxima venia*) simplismo acríptico que impõe a realização de cirurgia de transgenitalização para retificação do registro civil das pessoas transexuais (e travestis):

**Eu fico revoltada e acabada quando uma pessoa trans\* vem me dizer que o juiz decidiu que ela não tem o direito de mudar o nome por que não fez a cirurgia de transgenitalização.**

Como esses juízes tem uma cabeça minúscula, preconceituosa, retrógrada, cissexista.

**Quer dizer que para a pessoa ter o direito à cidadania plena ela é obrigada a se operar compulsoriamente? E o direito a dispor do próprio corpo como bem entende? Pois é, nós não temos.**

Ademais, eles agem como se a coisa mais simples no Brasil fosse fazer essa cirurgia quando se precisa dela. **Com filas durante DÉCADAS no serviço público** - inclusive levando muitas pessoas trans\* a se auto-mutilarem, e no particular com preços ***ultrapassando os 40 mil reais.***

**Ou seja, esses juízes e promotores de justiça moram numa bolha chamada sociedade cisgênera em que as pessoas trans\* só tem o direito de olhar de fora, às margens. Em que as pessoas trans\* não possuem o direito à humanidade, aos direitos humanos.**

**E quando um juiz diz que uma pessoa trans\* não tem direito a mudar o nome, é o mesmo que dizer que ela merece continuar sofrendo humilhação e constrangimento com um nome**

---

<sup>26</sup> Cf. [https://www.facebook.com/danielaumalutadora/posts/247392665464317?comment\\_id=247505752119675&notif\\_t=like](https://www.facebook.com/danielaumalutadora/posts/247392665464317?comment_id=247505752119675&notif_t=like) (acesso em 20.05.14).

que não representa quem ela é. **É A MORTE EM VIDA**, é como não permitir que a pessoa tenha o **direito de viver com dignidade**.

Hoje mais uma menina trans\* me disse que a justiça de Minas Gerais não permitiu que ela mudasse o nome pois ainda não se operou. Viva a **TRANSFOBIA do judiciário!** (*grifos e destaques nossos*)

E, para finalizar as citações de **Daniela Andrade**, esta nova fala explica parte do verdadeiro drama que é para uma pessoa transexual (ou travesti) ter um nome no registro civil dissonante de sua identidade de gênero, da forma corporal e nominal pela qual se apresenta socialmente<sup>27</sup>:

[...] **O que conta para a sociedade geralmente é o que os documentos estão dizendo.** Por isso considero que nome social<sup>28</sup> é uma cidadania gambiarra, uma cidadania à conta gotas. Você tem o direito de ser a Daniela em determinado órgão, saindo dali perdeu o direito. Se no serviço público há uma portaria dizendo que você possui esse direito, na instituição particular você precisa torcer pela boa vontade de respeitarem seu nome social, ou processar o estabelecimento. Sem contar que mesmo no serviço público, como grande parte dos profissionais não são treinados, acaba ficando o dito pelo não dito e você que leve a portaria ou decreto impresso para que eles saibam que estão errados.

**Não precisar mais ficar explicando o tempo inteiro que você é trans, não precisar mais ficar implorando para te tratem pelo seu nome social, não precisar mais ficar expedindo ofícios, protocolando cartas, ajoelhando-se nos pés das instituições, atendentes, serventuários, pessoas para te tratem pelo nome social e sem ter a certeza que isso ocorrerá.**

**Não precisar mais ser tratada como cidadã de segunda classe no que toca o tratamento que vão oferecer a você, geralmente agem como se estivessem te fazendo um enorme favor ao lhe respeitarem pelo nome e gênero que você reivindica como seus.**

Creio que a aprovação de uma lei de identidade de gênero no Brasil vai ser uma epifania para grande parte das pessoas trans\*.

**Antes eu precisava entrar no site do meu banco escondido na empresa, para os a minha volta não verem o nome do registro civil, e todos os sites em que havia cadastro e expunha o nome, também não entrava. Morria de medo de que me pedissem os documentos em determinados locais, pois tinha a certeza que novamente teria que explicar a minha condição. Procurando emprego, se eu tivesse que ir em 10 empresas ser entrevistada, as 10 vezes tinha que explicar já na recepção por que precisavam me tratar como Daniela. Morria de medo de ter que ir ao médico, pois era quase uma certeza absoluta que seria desrespeitada. Adiei planos de entrar em cursos de extensão por conta disso. No aeroporto ou rodoviária já previa a cara que iam fazer quando vissem o documento. Morria de medo que policiais me parassem e ter que explicar o porquê do documento. Já fui tratada como bandida em banco quando tentei fazer um saque da minha conta e a pessoa disse que aquele não era meu documento.**

**Enfim, não ter o direito de ter sua identidade reconhecida legalmente é o mesmo que não ter o direito de ocupar todos os espaços públicos, é passar por constrangimentos,**

<sup>27</sup> Cf. <https://www.facebook.com/danielaumalutadora/posts/258779830992267> (acesso em 27.06.2014).

<sup>28</sup> Neste trecho Daniela refere-se a decretos municipais e/ou estaduais que conferem a pessoas travestis e transexuais o direito de serem identificadas pelo seu nome social em órgãos do Poder Público.

**humilhações e discriminações constantemente** em lugares de onde as pessoas trans\* geralmente estão alijadas dada a violência institucional em todos seus níveis.

[Logo,] seria urgente que as pessoas trans\* tivessem esse direito reconhecido pelo estado em nível federal.

Reiterem-se, exemplificativamente, o **Decreto Municipal Paulistano n.º 55.510/2010** e o **Decreto Estadual Paulista n.º 55.588/2010**, que determinam que os órgãos do Poder Público (respectivamente) do Município e do Estado de São Paulo respeitem o nome social das pessoas travestis e transexuais que isto pleitearem. Ademais, entenda-se bem a crítica feita por Daniela Andrade aos decretos de nome social como “cidadania a conta gotas”. É evidente que ela não se opõe a eles, a questão é que não se pode considerar respeitada a plena cidadania das pessoas travestis e transexuais enquanto não se permitir a elas a mudança de seu prenome e sexo jurídico no registro civil.

Citem-se, ainda, o **Conselho Estadual de Educação de São Paulo (CEE/SP)** e o **Conselho Estadual de Educação do Amapá (CEE/AP)**<sup>29</sup>, os quais determinaram o respeito ao nome social de travestis e transexuais nas escolas e universidades públicas e particulares, como forma de garantir a plena integração, a ausência de sofrimento e a evasão escolar de alunos(as) travestis e transexuais (cf. **Deliberação CEE/SP 125/2014**<sup>30</sup>, absolutamente necessária para garantia da igualdade material das pessoas travestis e transexuais, para que sejam respeitadas em sua individualidade relativa à sua identidade de gênero, ao passo que o nome civil fica arquivado nos registros da escola e constará de seus diplomas, a afastar quaisquer preocupações com direitos de terceiros, consoante já defendemos em outra oportunidade<sup>31</sup>). **Imagem Vossas Excelências o drama e sofrimento** de alguém que (segundo a definição tradicional de gênero) se identifica com o *gênero oposto* àquele socialmente atribuído a seu *sexo biológico* e que continua sendo identificado com o *gênero* socialmente atribuído a seu *sexo biológico*, mesmo contra a sua vontade... Ou seja, não ter a sua identidade de fato reconhecida oficialmente pelo Estado e pelas pessoas em geral... tal situação gera evasão escolar de travestis e transexuais que acabam se vendo forçadas a recorrer à prostituição para conseguir sobreviver... e a questão não é o direito de escolha que pessoas maiores e capazes têm de se prostituir (é um *direito humano de liberdade* delas), a questão é que travestis e transexuais se veem muitas vezes *obrigadas* a fazê-lo em razão da evasão escolar decorrente da transfobia que sofrem (verdadeira *expulsão escolar*, portanto), desde o desrespeito a seu nome social e sua identidade de gênero nas escolas, o que o respeito ao nome social, como decorrência da igualdade material de tratar desigualmente pessoas em distinta situação (como no caso de pessoas com identidade de gênero distinta daquela socialmente atribuída a seu sexo biológico) demanda.

---

<sup>29</sup> Cf. <http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2014/09/no-ap-travestis-e-transexuais-ganham-direito-de-usar-nome-social-em-escolas.html> (último acesso em 18.09.14).

<sup>30</sup> Para matéria que contém o histórico, a fundamentação e a íntegra da referida Deliberação, vide: <http://www.cpp.org.br/index.php/2013-04-24-13-50-46/legislacao/item/1567-nome-social-nos-registros-escolares-das-instituicoes-publicas-e-privadas-de-sp> (último acesso em 18.09.14)

<sup>31</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constitucionalidade do reconhecimento do nome social de travestis e transexuais pelo Poder Público*. Disponível em: <http://pauloriv71.wordpress.com/2014/08/20/constitucionalidade-do-reconhecimento-do-nome-social-de-travestis-e-transexuais-pelo-poder-publico/#more-260> (acesso em 20.08.14).

**GADvS**  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

No mesmo sentido<sup>32</sup>, os seguintes Estados brasileiros adotaram a medida paleativa de respeito ao nome social em alguns locais da Administração Pública: **Ceará**, Resolução CEE/CE n.º 437/2012<sup>33</sup>, Resolução do Conselho de Segurança Pública (CONSEP) do **Pará** n.º 210/2012<sup>34</sup>, Decreto Estadual de **Pernambuco** n.º 35.051/2010<sup>35</sup>, Lei Estadual n.º 5.916/2009<sup>36</sup> do **Piauí**, Lei Estadual n.º 5.992/2009 do **Rio Grande do Norte**, Portaria n.º 041/2009<sup>37</sup> da Secretaria de Desenvolvimento Humano da **Paraíba**, Resolução n.º 188/2010<sup>38</sup> da Secretaria da Saúde do **Paraná**, Resolução n.º 208/2009<sup>39</sup> do **Conselho Regional de Medicina de São Paulo**, Parecer n.º CAOPEduc n.º 04/2009<sup>40</sup> do **Ministério Público do Paraná**. Mas, ao sair destes locais, a transfobia relativa ao desrespeito ao nome social persiste. Daí serem medidas insuficientes e meramente paleativas.

Continuemos.

Tivemos, em 2013, o caso notório da estudante transexual que teve dificuldades em iniciar a prova do ENEM em razão de seu documento ter um prenome e uma foto masculina, mas ela se apresentar com aparência feminina por essa ser sua identidade de gênero. Após o constrangimento sofrido, pela perplexidade dos fiscais (decorrente da surpresa com a situação por eles inesperada), conseguiu ela iniciar a prova, mas apenas *nervosa/angustada*, por quase ter sido barrada por seus documentos não expressarem a sua identidade de gênero<sup>41</sup>. Em 2014, o ENEM passou a aceitar que candidatas(as) travestis e transexuais utilizassem seu *nome social*, desde que ligassem até determinada data e isto solicitassem, embora (estranhamente) não tenha constado do edital tal circunstância<sup>42</sup>. Apesar de inegavelmente ser um avanço, persiste o fato de que a pessoa identificada por um *nome social* é automaticamente vista e identificada como uma pessoa transexual (ou travesti), violando assim seu direito fundamental à intimidade/privacidade. Se seus documentos civis já a identificassem pelo nome compatível com a sua identidade de gênero, esse já seria o seu *nome civil* e ela não teria essa informação relativa à sua intimidade (transexualidade/travestilidade) revelada à sua revelia, pela sua apresentação por um *nome social*.

---

<sup>32</sup> Informações obtidas em <http://damarlueducar.blogspot.com.br/2011/06/nome-social-inclusao-e-respeito-ao-06.html> (acesso em 18.08.14), mas conferidas pelo signatário (que localizou a íntegra de tais normativas em pesquisa online, conforme links abaixo).

<sup>33</sup> Cf. <http://www.cee.ce.gov.br/phocadownload/resolucoes/resolucao%20437.2012.pdf> (último acesso em 19.09.14).

<sup>34</sup> Cf. <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=253931> (último acesso em 19.09.14).

<sup>35</sup> Cf. [http://www.abglt.org.br/docs/PE%20-%20Decreto\\_35051%20de%2025%2005%2010.pdf](http://www.abglt.org.br/docs/PE%20-%20Decreto_35051%20de%2025%2005%2010.pdf) (último acesso em 19.09.14).

<sup>36</sup> Cf. [http://www.abglt.org.br/docs/LEI\\_ORDINARIA\\_5916\\_2009\\_Piaui.pdf](http://www.abglt.org.br/docs/LEI_ORDINARIA_5916_2009_Piaui.pdf) (último acesso em 19.09.14).

<sup>37</sup> Cf. <http://www.paraiba.pb.gov.br/15526/uso-de-nome-social-por-travestis-e-transexuais-e-garantido-por-portaria.html> (último acesso em 19.09.14).

<sup>38</sup> Cf. <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/Resolucoes2011/Resolucao1882010.pdf> (último acesso em 19.09.14).

<sup>39</sup> Cf. <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Legislacao&id=524> (último acesso em 19.09.14).

<sup>40</sup> Cf. [http://www.nre.seed.pr.gov.br/paranavai/arquivos/File/Equipe%20de%20ensino/ParecerCAOPEduc\\_nome\\_social.pdf](http://www.nre.seed.pr.gov.br/paranavai/arquivos/File/Equipe%20de%20ensino/ParecerCAOPEduc_nome_social.pdf) (último acesso em 19.09.14).

<sup>41</sup> Cf. <http://www.cedsrio.com.br/site/noticias/2013-10/constrangida-no-enem-transexual-diz-que-sempre-se-sentiu-mulher> (último acesso em 02.07.14).

<sup>42</sup> Cf. <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/enem-2014-travestis-transexuais-poderao-usar-nome-social-diz-mec-12444775#ixzz36M9XJz9S> (último acesso em 02.07.14).

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Vejamos os relatos de pessoas transexuais concretas trazidos na manifestação dos **Grupos Nuances e Igualdade** no processo pendente de julgamento perante o STF (p. 17 da manifestação):

[...] *A fim de se compreender a **dimensão do constrangimento a que tanto se faz referência**, basta a **transcrição dos relatos** registrados em entrevista realizada com as dirigentes do **CRD - Centro de Referência da Diversidade em São Paulo**. As entrevistadas que contaram a história de suas vidas, bem como o embaraço cotidiano a que são expostas nos seguintes termos (ANEXO I):*

*Tempo 00:00:44 – Áudio 01*

***Eu era oprimida dentro da sala de aula**, tanto na hora da chamada - já que naquela época eu não me preocupava com o nome (por)que naquela época eu ainda era uma adolescente.*

*Tempo 00:07:15 - Áudio 02*

***Quando você começa a aceitar a travestilidade você faz essa opção de mudar o nome**, pra se identificar. Isso foi aos 15, 16 anos. Na maioria das vezes, você faz um nome que tem a ver com o prenome. Então, por exemplo, você chama Renato e busca Renata.*

*Tempo 00:00:55 – Áudio 03*

*Ainda hoje tenho dificuldades. As dificuldades menores que você imaginar eu tenho. Às vezes nem é presencial. **Eu pego o telefone pra resolver uma questão de cartão**:*

- "Ai, tô ligando porque eu queria ver minha fatura tal";
- "Tá, você pode falar seu CPF?";
- "Aí eu falo o CPF";
- "Tá, mas eu preciso falar com o titular da conta";

*A pessoa não lá me vendo, ela lá filiando. Ela ouve uma voz que ela identifica, ela acha que é de uma senhora.*

*"Então, senhora, eu preciso falar com o titular da conta";*

*"**O titular da conta sou eu**";*

*"Ah, então vou precisar que você me confirme vários dados";*

*Dai, vou ter que confirmar todos os meus dados. **E se, de repente, tem alguma coisa que eu não lembro que eu botei lá, que ficou diferente do que ela perguntar, aí eu já não vou receber atendimento**. Às vezes eu quero fazer um atendimento e eu não consigo porque, às vezes, por exemplo, se ela perguntar meu endereço, eu não sei, quando eu abri a conta, o endereço que eu coloquei. Hoje eu to morando no Largo do Arouche. 109, mas já fiz várias mudanças de endereço. Eu não sei qual endereço consta lá. Daí eu já não consigo atendimento, por quê? Por conta de um nome, de um CPF, que não bate, uma voz que ela identifica no telefone e não bate. (grifos nossos)*

Inegável, portanto, a infindável quantidade de situações de constrangimentos pelas quais passam as pessoas transexuais (e travestis) por terem um prenome incompatível com sua aparência, sua identidade de gênero.

Passemos, assim, a refutar os argumentos contrários da jurisprudência conservadora e a destacar os argumentos favoráveis da jurisprudência de vanguarda acerca do tema.

**3.2. A JURISPRUDÊNCIA CONSERVADORA ACERCA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL. Exigência de realização de cirurgia para deferir a retificação até mesmo do prenome da pessoa. Descabimento. Efetivos interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. POSSÍVEL INÍCIO DA VIRAGEM DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. Julgados recentes que dispensam a realização da cirurgia com base na concretização principiologia constitucional (e, conseqüentemente, convencional, por identidade de conteúdos entre a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre tais temas).**

Uma rápida pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça (estaduais) brasileiros ainda mostra que muitos julgados exigem que as pessoas transexuais tenham realizado a cirurgia de transgenitalização para que tenham a si deferido o direito à retificação de seu registro civil – até mesmo do prenome, quando a lei de regência (art. 58 da Lei 6.015/73) exige apenas a prova de *apelido público notório*, sem menção nenhuma a cirurgia no caso das pessoas transexuais...

Segundo a manifestação dos **Grupos Nuances e Identidade** no processo pendente de julgamento perante a Suprema Corte brasileira (pp. 18 e 20-22 – acórdãos, aqui omitidos, nas pp. 18-19):

*Em pesquisa jurisprudencial realizada pelo Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - GEDS, observou-se que o mero argumento de que a pessoa transexual sofre constrangimento por ser titular de prenome incompatível com sua identidade de gênero não tem sido suficiente para assegurar o reconhecimento do direito. Quando não têm seu pedido de alteração de prenome no registro civil indeferido, lhes são demandadas demonstrações específicas, como laudos psiquiátrico, psicológico, endocrinológico e, por vezes, até mesmo a prévia submissão à cirurgia de readaptação sexual, como se pode observar na jurisprudência que ora se colaciona nestes autos: [...]*

*No primeiro semestre de 2012, entre os meses de abril e junho, o GEDS buscou compreender o posicionamento dos Tribunais de Justiça de todos os estados da federação a respeito da controvertida questão da alteração de prenome para transexuais, operadas ou não. Partindo das manifestações e denúncias dessa minoria de que a magistratura ainda tem indeferido seu pleito pela adequação do registro civil a sua realidade fática, buscou-se analisar o fenômeno discriminatório pela ótica científico-empírica, de modo também a entender o tamanho exato da discriminação de que são vítimas as pessoas transexuais, principalmente quando comparadas às pessoas cisgêneras, isto é, aquelas cuja percepção psicológica da própria sexualidade condiz com seu sua genética e anatomia genital, de acordo com a dicotomia "homem - pênis" e "mulher - vagina". Para realizar a pesquisa, foram feitos testes dentro de parâmetros como "nome", "prenome", "lei de registros públicos", "lei 6.015/1973", "alteração de registro", "alteração de nome", "alteração de prenome", "retificação de registro", "retificação de prenome". Como a pesquisa mais produtiva foi baseada em "alteração de prenome", arbitrou-se utilizar o mesmo.*

[...]

O que a pesquisa realizada pelo GEDS demonstra é que a discriminação às pessoas transexuais não se dá na concepção da LRP, mas na sua aplicação: mais especificamente, na medida em que o constrangimento de cisgêneros é motivo suficiente para a concessão da mudança de registro, enquanto o mesmo não se dá para transexuais. Ainda mais a fundo, o problema enfrentado anteriormente se manifestou novamente, vez que o argumento de "constrangimento" é largamente utilizado por cisgêneros, com base no artigo 55 LRP. É evidente, então, que muitos são os casos de alteração de registro indeferidos mesmo para cisgêneros.

Só se conseguiu, pois, chegar a um parâmetro adequado de pesquisa depois da restrição da busca para apenas aqueles casos em que o cisgênero, tal qual a pessoa transexual, é vítima de constrangimento em razão de prenome sexualmente inadequado à sua identidade - é o caso dos nomes ambíguos (ou unissex, como em Darci) e dos nomes claramente inversos (mulher com nome de Denis). Em ambos os casos, os sujeitos de direito são vítimas de constrangimento por serem chamados por um prenome que não lhes identifica.

[...]

Um dado, porém, une os dois: **tanto em São Paulo quanto no Rio Grande do Sul, o argumento medicalizante predomina, conferindo-se a alteração de prenome apenas àquelas que se submeteram a cirurgia ou com data marcada para tanto** - no TJ-RS, 77% dos casos de provimento envolviam transexuais com cirurgia marcada ou já realizada. Isso quer dizer que não basta o sofrimento da transexual, o Tribunal de Justiça ainda requer que essas pessoas se submetam ao tratamento psiquiátrico, psicológico, endocrinológico e, o mais invasivo de todos, transgenitalizante. Veja-se, não se está analisando uma faculdade que seria conferida aos transexuais, mas uma condição para sua cidadania sem que nem mesmo haja lei que lhes obrigue a isso: eis uma verdadeira discriminação fática! (grifos nossos)

Tal entendimento, que permite a retificação de (pre)nome e sexo jurídico das pessoas transexuais *desde que* realizem a cirurgia de transgenitalização não deixa de ser, cabe reconhecer, uma evolução, já que em passado não muito recente houve decisões que negaram tal retificação mesmo a pessoas transexuais operadas, sob o fundamento de que se trataria de mera cirurgia plástica que não teria mudado “o sexo” (a biologia, a genética etc) das pessoas. **Uma compreensão biologizante da pessoa humana, que ignora(va) que o ser humano é essencialmente um animal social, político e afetivo, cuja biologia não é determinante para a definição da sua personalidade.** Contudo, o entendimento do tema ainda precisa evoluir, senão vejamos.

Como dito, em geral, afirma-se que as pessoas transexuais não teriam *interesse de agir* para pedir a retificação de seu registro civil antes da realização da cirurgia de transgenitalização. Por vezes fala-se em *impossibilidade jurídica do pedido*. São decisões de “fundamentação” extremamente pobre, que sequer explicam por qual motivo entendem que a cirurgia seria necessária, aparentemente tendo como “obviedade” que uma pessoa com pênis não poderia ser entendida como uma “mulher” e uma pessoa com uma vagina não poderia ser entendida como um “homem”. Uma verdadeira **GENITALIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA**, que vincula a identidade da pessoa a sua genitália (ou à sua biologia, caso se prefira), em uma compreensão simplória que não se coaduna com a dignidade humana das pessoas transexuais – sem falar nas travestis, aparentemente ignoradas por essa jurisprudência conservadora.

Sobre o tema, inicialmente percebe-se que falta compreensão de noções básicas de teoria geral do processo a quem fala que não haveria *interesse de agir* à retificação de registro civil por transexualidade (e travestilidade) sem a realização de cirurgia de transgenitalização. Como é notório nos meios jurídicos, o interesse de agir refere-se ao **binômio utilidade-necessidade** da tutela jurisdicional, no sentido de que a parte deve ter a si concedido um efetivo benefício com aquilo que pleiteia (utilidade), bem como deve ter a impossibilidade de consegui-lo sem o auxílio do Estado-juiz (necessidade), em razão de uma *lide*, ou seja, de uma *pretensão resistida* da parte-ré. **Ora, é evidente que as pessoas transexuais (e travestis) se beneficiam com a retificação de seu registro civil para adequá-lo à sua identidade de gênero, já que deixarão de sofrer inúmeras discriminações, humilhações e constrangimentos em geral com essa medida (utilidade), ao passo que não conseguem isso sem uma decisão judicial que isto imponha ao Cartório de Registro Civil respectivo (necessidade).** Embora tecnicamente não se possa falar em *lide* por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária aquele relativo à retificação de prenome e sexo jurídico, é evidente a utilidade e a necessidade do pleito formulado, donde inegavelmente presente o interesse de agir absurdamente negado por essas decisões judiciais conservadoras.

Por outro lado, falar que haveria *impossibilidade jurídica do pedido* em razão da ausência de permissivo legal específico demonstra completo desconhecimento da **jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça brasileiro**<sup>43</sup> no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido só se caracteriza quando há *proibição expressa* ao que se pleiteia, donde juridicamente possível é tudo aquilo que não é expressamente proibido e não apenas aquilo que é expressamente permitido. Isso é referendado pelo **artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal brasileira**, pois se ninguém será impedido de fazer algo senão em virtude *de lei* (entenda-se, de texto normativo expresso), tem-se que a conduta é faticamente permitida e, assim, juridicamente possível. Assim, falar em impossibilidade jurídica em razão da ausência de cirurgia de transgenitalização é algo ilícito e inconstitucional por considerar como proibido algo que não o é por lei nenhuma. Logo, também inaceitável essa posição de suposta impossibilidade jurídica do pedido.

**Vejamos julgados mais recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, que acolhem a pretensão de retificação de prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia de transgenitalização, mas ainda exigindo laudos psicológico e/ou psiquiátrico para tanto (sem reconhecer, portanto, o tema como direito de autonomia privada/moral da pessoa trans):**

*Retificação de registro civil. Transexualidade. Pretensão à modificação da designação de sexo e nome. Interesse de agir presente mesmo antes da realização de cirurgia de redesignação de gênero. Obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana de que trata o artigo 1º, III, da Constituição Federal. Definitividade do Registro Civil que recomenda a realização de estudo médico-pericial e psicossocial, bem como a requisição das fichas de atendimento do*

---

<sup>43</sup> Cf., v.g., STJ, REsp 827.962/RS, DJe de 08.08.2011; MS 14.050/DF, DJe 21.05.2010; REsp 782.601/RS, DJe 15.12.2009; AR 3.387/RS, DJe 01.03.2010; MS 13.17/DF, DJe 29.06.2009; AgRg no REsp 853.234/RJ, DJe de 19.12.2008; REsp 820.475/RJ, DJe 06.10.2008; AgRg no REsp 863.073/RS, DJe 24.03.2008; REsp 797.387/MG, DJ 16.08.2007, p. 289; MS 11.513/DF, DJ 07.05.2007, p. 274; RMS 13.684/DF, DJ 25.02.2002, p. 406; REsp 220.983/SP, DJ 25.09.2000, p. 72.

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

*acompanhamento realizado quando da preparação para a cirurgia de mudança de sexo. Recurso provido, com recomendação.*

(TJSP, Apelação Cível nº 0007491-04.2013.8.26.0196, Relator Desembargador Maia da Cunha)

**Trecho do inteiro teor:**

[...] O digno Magistrado sentenciante extinguiu o feito sem análise do mérito, ao fundamento de que inexistente interesse de agir quando ainda não realizada a cirurgia de redesignação de gênero. Não agiu, contudo, com o costumeiro acerto. **A condição de transexual requer uma série de medidas de caráter multidisciplinar até que, finalmente, seja realizada a cirurgia que ajustará o sexo anatômico ao sexo psíquico. Durante este processo, em que o corpo já se adapta ao sexo psíquico, notório o constrangimento daquele que, aparentando um sexo, vê-se obrigado a mostrar documentos que sinalizam um outro. Exigir-se que se aguarde a realização da cirurgia é, com a devida venia, atentar contra a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal.**

Dada esta circunstância, a **jurisprudência mais recente deste Egrégio Tribunal de Justiça** tem reconhecido interesse de agir na mudança de nome do transexual antes mesmo da realização da cirurgia de redesignação de gênero. Confira-se:

*‘Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a prévia transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação.’ (Apelação 0008539-56.2004.8.26.0505, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Vito Guglielmi, j. 18.10.2012).*

**Presente, portanto, o interesse de agir.** (grifos nossos)

Com relação a este outro precedente (TJSP, **Apelação n.º 0008539-56.2004.8.26.0505**), vale extrair trecho de seu **inteiro teor**:

Como tive oportunidade de ponderar quando do exame de recurso de apelação anterior, concernente à presente demanda (cf. Apelação Cível nº. 493.381.4/4-00 fls. 122/134), fundamental à apreciação do pedido formulado na inicial – para além das **discussões acidentais acerca da efetiva realização de procedimento cirúrgico de transgenitalização** – era a prova técnica, de natureza médica e psicológica, relativa à existência ou não da desconformidade entre o sexo biológico e o psicológico da requerente; [...] Ora. Como igualmente tive oportunidade de anotar naquela oportunidade, “o sexo psicológico é, sem maior dificuldade, aquele que dirige o

comportamento social externo do indivíduo (...), é ele quem define como o indivíduo se mostra perante a sociedade”. **Se a requerente, portanto, como na hipótese dos autos, se sente homem sob o ponto de vista psíquico, procede como se do sexo masculino fosse e comporta-se socialmente como tal, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada.** Entendimento semelhante, de resto, adota **M. BERENICE DIAS** (Manual de Direito das Famílias, 5ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 136) que, com apoio doutrinário nas lições de A. CHAVES e E. SZANIAWSKI explica, com percuciência, que **‘a aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual, pois com o lado externo concorre o elemento psicológico. Assim, o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa’** (grifos meus). Ainda que ao legislador infraconstitucional se permita a formulação de limitações ao exercício de determinados direitos (e o Código Civil é disso exemplo), **certamente não pode o juiz, na interpretação, abstrair-se da realidade, meio e tempo em que vive.** Os costumes e as próprias regras de condutas alteram-se em função dessas variáveis e, certamente, antes mesmo da alteração legislativa [Cf. Karl Larenz]. [...] **Em suma, toda a interpretação jurídica, no entender deste subscritor, deve propiciar o bem estar social do indivíduo, de modo a não causar-lhe constrangimento público. Preserva-se, assim, o direito específico e palpável à intimidade da autora, como decorrência do princípio da dignidade humana. Lembre-se que a desconformidade entre o sexo jurídico e o sexo psicológico é, singelamente, o que constitui, depuradas as tantas variáveis possíveis, o fundamento em que se esteia a pretensão retificadora.** Nesse passo, a singela virilização anômala notada, sem a realização da cirurgia de transgenitalização seja a neocolpovulvoplastia, ou, no caso, a neofaloplastia e seus procedimentos complementares, não impede, por seu caráter complementar de mera conformação dos caracteres biológicos ao sexo psicológico notado, a alteração de nome e sexo pretendida. É o que explica **M. BERENICE DIAS** (op. e loc. cit.) que afirma que **‘mesmo antes da realização da cirurgia, possível a alteração do nome e da identidade sexual’**. [...]” (grifos nossos)

Vejam os outros julgados do **Tribunal de Justiça de São Paulo**:

**RETIFICAÇÃO DE ASSENTO. Portador de transexualismo que fundamenta sua pretensão em situações vexatórias e humilhantes. Extinção da ação sob o fundamento de que não realizada a cirurgia de transgenitalização. Descabimento - Informações prestadas pelo médico psiquiátrico, que identificam incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade que a parte autora relatou sentir. Cirurgia de transgenitalização que possui caráter secundário. Sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo.** Recurso provido com determinação. (TJSP, Apelação n.º 0082646-81.2011.8.26.0002, 08ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Hélio Faria, julgada em 30.10.13. Grifos nossos)

Do **inteiro teor** extraem-se preciosas lições:

Respeitado entendimento diverso, a decisão merece ser reformada. Primeiramente há de ser afastada a hipótese de anulação do feito, tendo em vista que a matéria fática já está esclarecida pela prova coletada, estando os autos em condições de imediato julgamento. No mérito, a questão levantada se cinge à necessidade ou não da cirurgia de transgenitalização para a retificação do nome. Assim, primeiramente, há que ser considerado que conforme laudo médico-psiquiátrico, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo feminino (fl. 14). Importante não perder de vista que **o sexo**

**psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo.** Nota-se que a parte recorrente ‘não considera aceitável viver de acordo com a identidade socialmente esperada devido à designação de gênero ao nascimento e infância e/ou sua anatomia de nascimento’ (fl. 15). **O fato é que se trata de caso de transexualismo, não constituindo a cirurgia de transgenitalização requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário.** Embora a parte apelante afirme a intenção da cirurgia, esta possui caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. **Ressalta-se que submeter-se ou não ao procedimento cirúrgico é opção do indivíduo e a exigência de tal procedimento como requisito à retificação de seu nome afrontaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se busca preservar. Frise-se que não é o procedimento cirúrgico em si que definirá a sexualidade da pessoa e sim, o sexo psicológico. Se vai se submeter ou não à cirurgia de transgenitalização é decisão que cabe somente ao indivíduo. [...] (grifos nossos)**

No mesmo sentido, recente decisão do **Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás** (Apelação nº 201203179418<sup>44</sup>).

A peculiaridade do presente caso se dá pelo fato de o autor buscar a mudança no registro civil sem que para isso seja submetido à cirurgia de transgenitalização. É um grave erro pensar que o sentimento de inadequação entre o corpo anatômico e o sentimento de identidade sexual seja o mesmo para todos os transexuais. Afirmar que existe “transexual típico” é tão absurdo quanto falar em “homossexual típico” e “heterossexual típico”. [...] Diferentemente do que afirma o Ministério Público, **é possível a alteração do registro civil do transexual, mesmo que não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, em conformidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, diante do constrangimento da identificação como homem, quando fisicamente é identificado como mulher e assim é reconhecido socialmente.** Neste sentido **jurisprudência recente do e.Tribunal de Justiça de Minas Gerais**: ‘(...) O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença’. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0231.11.012679-5/001, Rel Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, pub. 23/08/2013).

Eis a ementa do citado julgado do **Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais** (citado pela decisão do E.TJGO que se acaba de transcrever):

*EMENTA: RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA.*

---

<sup>44</sup> Cf.

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5223/Mesmo+sem+cirurgia+de+mudan%C3%A7a+de+sexo+transexual+pode+alterar+registro>  
(para assinantes do IBDFAM:  
<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2204/Transexualidade.%20Sexualidade.%20Direitos%20e%20garantias%20fundamentais>).  
Acesso em 17.01.14.

*SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG, Apelação Cível n.º 1.0231.11.012679-5/001, Rel Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, pub. 23/08/2013)*

**Ora, se mesmo para a mudança do sexo jurídico da pessoa transexual a realização da cirurgia de transgenitalização não se afigura como pressuposto obrigatório ao deferimento do pedido, com muito mais razão a mudança do prenome também dela (cirurgia) não necessita.** Como se vê, os fundamentos para os pedidos de retificação de prenome e sexo jurídico são absolutamente equivalentes, com a diferença de que, para o prenome, já há *lei expressa* no Brasil que permita a retificação, a saber, o **artigo 58 da Lei de Registros Públicos**, que permite a mudança do prenome de toda e qualquer pessoa que prove ter um *apelido público notório* distinto do seu prenome civil, logo, também a transexuais e travestis – prova esta geralmente feita, na praxe forense, por **declarações de testemunhas**, assinadas, anexadas à petição inicial.

Assim, consoante os precedentes supra e outros do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>45</sup>, deve ser permitida imediatamente a retificação do prenome e do sexo jurídico das pessoas transexuais (e travestis), pois *“considerando que o direito à personalidade da pessoa humana não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas a um conjunto de favores biológicos, sociais e culturais, como sustenta o ilustre Desembargador Rui Portanova no acórdão supra referido, deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica”* (TJRS, Apelação Cível n.º 70019900513, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda, julgada em 13/12/2007).

Dessa forma, o direito à retificação do prenome das pessoas transexuais **independe de cirurgia de transgenitalização e de quaisquer laudos (psicológico, psiquiátrico etc)**, pois o **direito à identidade pessoal e social** não pode ser vinculado a um invasivo procedimento cirúrgico quando isso não seja da vontade da pessoa ou não seja possível a ela nem à **“autorização” de um profissional da área da saúde**. Assim, a pessoa que se identifica, é identificada e tratada por todos como pessoa de prenome e sexo compatíveis com a sua identidade de gênero (transgênera) deve ter a si reconhecido seu direito à retificação de seu registro civil para a ela se adequar independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização, mesmo porque **“A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade”** (TJRS, Apelação Cível n.º 70030504070, 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portanova, julgado em 29/10/2009).

Afinal, Excelências, **NÃO SE PODE GENITALIZAR A PESSOA HUMANA**, o que significa que não se pode colocar a existência de uma genitália ou de determinados genes como “indispensável” para a definição de sua **identidade pessoal (e sexual)**,

---

<sup>45</sup> TJRS, Apelação Cível n.º 70019900513, julgada em 13/12/2007; Apelação Cível n.º 70013909874, 7ª Câmara Cível, j. 05/04/2006; TJRS, Apelação Cível n.º 70011691185, 8ª Câmara Cível, j. 15/09/2005

tendo em vista que a *identidade de gênero* depende pura e simplesmente da forma como a pessoa se identifica e é identificada na sociedade relativamente ao *gênero* que assume e vivencia como seu, sob pena de preconceito constitucionalmente e convencionalmente vedado pela proibição genérica de discriminações de quaisquer naturezas (e, portanto, também aquelas motivadas na *identidade de gênero transgênera* da pessoa travesti ou transexual). Até porque a **identidade (pessoal e sexual) se constitui como um dos direitos da personalidade, que por sua vez se caracterizam como concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana** (neste caso, na proibição de se menosprezar determinadas pessoas, de identidade transgênera, relativamente a outras, não-transgêneras). As pessoas humanas não podem ser limitadas à sua genitália ou aos seus genes no que tange a seu nome e a seu sexo. Uma pessoa que se identifica e se porta como mulher, é reconhecido como mulher e é tratada como mulher é, efetivamente, um mulher, independentemente de seus genes e de sua genitália (e vice-versa, sobre os *homens transexuais*).

Portanto, **a retificação do prenome e do sexo jurídico das pessoas travestis e transexuais independentemente de cirurgia de transgenitalização e de quaisquer laudos decorre da sua caracterização enquanto pessoa de seu sexo psicológico (e social) dissonante de seu sexo biológico, ou seja, pela pessoa se identificar e ser reconhecida socialmente como pessoa do gênero oposto ao seu sexo biológico**, sendo que *sexo* é um conceito multifatorial que não se limita apenas ao sexo biológico e/ou à genitália da pessoa (**temos que acabar com essa *genitalização da pessoa humana***). Sobre o tema, repita-se, “**deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica**” (TJRS, Apelação Cível n.º 70019900513, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda, julgada em 13/12/2007), pois, consoante a precisa lição de **Maria Berenice Dias**<sup>46</sup>, “*a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais*”.

Lembre-se que os *Princípios de Yogyakarta*<sup>47</sup>, elaborados por especialistas em Direito Internacional em 2006 para aduzirem os direitos da população LGBT ante os tratados internacionais de direitos humanos vigentes mundo afora, já definiram a **identidade de gênero** como “*a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos*”. Ademais, em seu **3º princípio**, atestou-se que “*Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero*”, donde não se pode condicionar a adequação do *prenome e do sexo jurídico* das pessoas travestis e transexuais à sua identidade de gênero à realização da cirurgia de transgenitalização. Com efeito, nas **alíneas “b”, “c”, “d” e “e” deste 3º Princípio de Yogyakarta**, afirma-se que devem os Estados:

---

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

<sup>47</sup> Cf. [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf) (último acesso: 27/11/13).

- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;*
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;*
- d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;*
- e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;*
- f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.*

Pois bem, interpretados sistematicamente o caput com as alíneas “b”, “c”, “d” e “e” deste 3º Princípio de Yogyakarta, percebe-se que os direitos humanos demandam pela modificação do prenome e do sexo jurídico da pessoa travesti e transexual independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização e da apresentação de laudos quaisquer (psicológico, psiquiátrico etc).

**4. Os Direitos da Personalidade. Relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. O nome e a identidade sexual e de gênero como direitos da personalidade e, assim, como *direitos humanos*.**

Na lição de **Adriano de Cupis**, embora todo direito pudesse teoricamente ser denominado como *direito da personalidade* por todos os direitos serem destinados a dar conteúdo à personalidade jurídica da pessoa, a referida expressão é tecnicamente reservada aos direitos subjetivos “*cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo*”, no sentido de que são “*direitos sem os quais a personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto*”, por se tratarem de “*direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal*”. São, assim, “*os chamados ‘direitos essenciais’*” das pessoas, razão pela qual “*Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade*”<sup>48</sup>, donde “*só podem ser considerados direitos da personalidade aqueles que constituem o ‘minimum’ necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade*”<sup>49</sup>. Destaca o autor o caráter histórico-social de tais

---

<sup>48</sup> CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**, Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende, 1ª Edição, Campinas: Editora Romana Jurídica, 2004, pp. 23-24.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 68.

direitos, no sentido de que, **alterando-se a consciência moral, modifica-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, mudando assim o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade**<sup>50</sup>. Assim, afirma que o objeto dos direitos da personalidade é um modo de ser físico ou moral da pessoa<sup>51</sup>.

Essa é a compreensão geral acerca do tema. Com efeito, segundo **Paulo Lobo**, “a especificidade dos direitos da personalidade reside na sua natureza de direitos inerentes à pessoa, sem os quais ela não se revela inteiramente”<sup>52</sup>; para **Carlos Roberto Gonçalves**, tratam-se de “prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana”<sup>53</sup>; **Francisco Amaral** define-os como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>54</sup>. Como categoria autônoma de direitos subjetivos<sup>55</sup>, os direitos da personalidade em geral exigem um comportamento passivo por parte dos outros, ou seja, a uma abstenção (um *non facere*)<sup>56</sup>, no sentido de garantirem ao indivíduo o direito de impor a terceiros que não ajam de uma forma que venha a violar os seus direitos da personalidade (sob pena de direito a uma indenização pela violação de tais direitos).

Como visto, **os direitos da personalidade são aqueles direitos essenciais à personalidade da pessoa**, no sentido de constituírem o mínimo necessário para que a personalidade possa existir. Assim, **no que concerne às pessoas naturais, os direitos da personalidade possuem uma íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana**<sup>57</sup> (como o **direito à identidade sexual, adiante explicitado**). Com efeito, embora não haja uma perfeita identificação entre as categorias, pelo fato da dignidade humana visar uma gama maior de situações do que as atinentes ao mínimo necessário ao desenvolvimento e à manutenção da existência da personalidade<sup>58</sup>, parece inegável que os direitos tidos como essenciais à personalidade humana fazem parte do âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, concorda-se com a afirmação de **Silvio Romero Beltrão** no sentido de que os direitos da personalidade são “direitos oponíveis erga omnes, visando à proteção da dignidade da pessoa

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 145.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, Volume I, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 153.

<sup>54</sup> AMARAL *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, Volume I, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 154.

<sup>55</sup> CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**, Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende, 1ª Edição, Campinas: Editora Romana Jurídica, 2004, p. 38.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>57</sup> “O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (...) destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meios de medidas judiciais adequadas” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, Volume I, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pp. 159-160).

<sup>58</sup> Segundo SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões de Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 37, que aduz que a dignidade da pessoa humana é, também, a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo **respeito e consideração** por parte do Estado e da comunidade.

*humana em seu convívio social, independente de uma relação direta entre as partes*<sup>59</sup>. No mesmo sentido, deve-se dizer que embora muitos direitos fundamentais sejam direitos da personalidade, nem todos o são<sup>60</sup>, razão pela qual não há que equiparar totalmente estes conceitos<sup>61</sup>.

Ademais, ante essa **relação inerente entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana**, deve-se entender como meramente exemplificativo qualquer rol de direitos da personalidade existentes na legislação infraconstitucional (sob pena de flagrante inconstitucionalidade), pois *“o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana impede que a interpretação do direito exclua da tutela jurídica os casos atípicos”*<sup>62</sup>, na medida em que a plena dignidade humana somente existirá se resguardada a personalidade humana em sua totalidade<sup>63</sup>.

Não apenas o prenome<sup>64</sup>, mas o nome em geral é identificado pela doutrina como um dos direitos da personalidade, o que não poderia ser diferente, na medida em que o nome é o signo linguístico que identifica a pessoa no meio social<sup>65</sup>, sendo um dos aspectos inerentes à sua personalidade pessoal e social<sup>66</sup>. Segundo **Sílvio de Salvo Venosa**, é insustentável a atribuição de

---

<sup>59</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. **DIREITOS DA PERSONALIDADE. De Acordo com o Novo Código Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 53.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 47. Para se justificar tal posição, cabe apontar que não é essencial à vida humana a garantia do *habeas data* ou o direito de resposta, o direito à assistência religiosa e a representação dos associados por entidades associativas (direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988) não são *essenciais* à personalidade, embora evidentemente sejam direitos (e garantia) que visam resguardar o respeito à dignidade humana dos cidadãos por eles protegidos.

<sup>61</sup> Nesse sentido, LOBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 143, para quem *“Os direitos da personalidade não se confundem com todos os direitos fundamentais, inclusive com os de primeira geração, máxime os que configuram garantias aos indivíduos em face do Estado, pois são externos à pessoa; não são inerentes à pessoa humana. Do mesmo modo, os direitos fundamentais sociais”*.

<sup>62</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. **DIREITOS DA PERSONALIDADE. De Acordo com o Novo Código Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 54.

<sup>63</sup> Nesse sentido, rechaçando a teoria do direito geral da personalidade, que visa abranger os casos atípicos mediante a generalização das situações protegidas, por causar uma insegurança jurídica oriunda da falta de percepção social das situações que merecem respeito, leciona BELTRÃO, Sílvio Romero. **DIREITOS DA PERSONALIDADE. De Acordo com o Novo Código Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2005, pp. 55-56, defendendo a *teoria do regime de números abertos*, que permite a individualização do direito e o seu reconhecimento na sociedade, citando Ascensão no sentido de ser esta tese vantajosa em termos de segurança jurídica por a revelação de direitos permitir a formação de categorias socialmente reconhecíveis (de modo a cortar o efeito surpresa e permitir uma meditação generalizadora, liberta de influências emotivas do caso concreto).

<sup>64</sup> Segundo VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 30 e 34, o termo prenome, proveniente do latim *praenomen*, era tido pelos romanos como o título anterior ao nome de família, razão pela qual *“prenome é o que precede o nome de família e o sobrenome, quando for o caso”*, destacando a autora que, embora comumente se identifique o nome de família com o sobrenome, entende que o nome de família é aquele que foi criado, pouco a pouco, no intuito de diferenciar as pessoas (inicialmente pela junção dos prenomes de ambos os genitores e, com o tempo), ao passo que, segundo Antonio Pereira Braga, o *“sobrenome seria [formado por] outros nomes individuais, quando múltiplos”*. Ou seja, segundo essa classificação, o nome de família seria o que é popularmente conhecido por *sobrenome*, ao passo que o sobrenome seria formado por outros signos linguísticos distintivos das pessoas entre si.

<sup>65</sup> Segundo VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 26-27, *“O tema recebeu uma preciosa abordagem por parte de Serpa Lopes, segundo o qual visa o nome ministrar o conjunto de elementos que permitem, de um lado, distinguir socialmente uma pessoa de outra; [e] de outra parte, a sua fixação jurídica, quando necessária”*, razão pela qual *“O ser humano sem nome é apenas uma realidade fática; com o nome penetra no mundo jurídico, a expressão mais característica da personalidade. Assim, nome é o chamamento pelo qual se designa uma pessoa, individualizando-a não só durante a vida, como também persiste após a morte”*.

<sup>66</sup> Afinal, segundo LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 157-158, *“O direito à identidade pessoal significa o direito a ser identificado por símbolos e signos, principalmente o de ter nome”*, pois *“todo nome é sempre expressão de um grupo familiar que tem a sua história e a sua reputação”*. No mesmo sentido, afirma GONÇALVES, Carlos

natureza jurídica de *direito de propriedade* ao nome, pois o mesmo situa-se fora de seu patrimônio, é inalienável e imprescritível [ou seja, situa-se fora do comércio]; assim, após mencionar que há aqueles que veem no nome uma questão de *direito de propriedade 'sui generis'*, aduz que “*o nome é um atributo da personalidade, é um direito quer visa proteger a própria identidade da pessoa, com o atributo da não-patrimonialidade*”<sup>67</sup>, razão pela qual adere à doutrina majoritária no sentido da atribuição da natureza jurídica de *direito da personalidade* ao nome<sup>68</sup> – assim, como o prenome faz parte do nome, a ele também se atribui a qualidade de direito da personalidade.

De qualquer forma, apesar da importância desta discussão sob a égide do Código Civil brasileiro de 1916, que nada dispunha acerca dos direitos da personalidade, ela perdeu sua importância em nosso ordenamento jurídico pelo fato de **o atual Código Civil colocou o direito ao nome dentro do capítulo relativo aos direitos da personalidade (art. 16<sup>69</sup>)**, donde afigura-se incompatível com nossa legislação qualquer oposição à atribuição da natureza jurídica de direito da personalidade ao nome e, conseqüentemente, ao prenome (que é, como visto, parte integrante do nome e se encontra expressamente mencionado no referido art. 16 do CC/02).

Ademais, já analisando especificamente o tema da transexualidade e do **DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL**, afirma **Maria Berenice Dias**<sup>70</sup> que “*a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais*” e que “*O nome é o identificador essencial da pessoa. É o que diz o Código Civil, art. 16: toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. A sociedade tem interesse em não confundir seus membros entre si, e a esse interesse público se soma o interesse privado do indivíduo em se identificar e não ser confundido com outrem. Assim, o nome deve refletir o âmago da personalidade individual, condizer com seu estado pessoal e social, bem como deve estar consorte com o seu psiquismo, sua honra, sua imagem pessoal e social, não podendo ser ridículo ou vexatório*” (g.n.). Note-se que, “*identidade sexual*”, a autora claramente abarcou **tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero**.

Ademais, segundo **Tereza Rodrigues Vieira**<sup>71</sup>:

***O direito à identidade pessoal é também lembrado ao se fazer referência a neurodiscordância de gênero. Segundo Rubens Limongi França, ‘é o direito que tem a pessoa de ser conhecida***

---

Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, Volume I, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 168, que “*o direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, pertencente ao gênero direito à integridade moral, pois todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria*”.

<sup>67</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, 4ª Edição, São Paulo: Editora Jurídica Atlas, 2005, p. 212.

<sup>68</sup> Também fazendo referência à questão de ser majoritário o entendimento do nome como um direito da personalidade e não como um direito de propriedade (*sui generis* que seja), vide VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 58-61 (que destaca as teorias do nome como um direito da propriedade imaterial, como instituição da polícia civil e da teoria pluralista). Simplesmente classificando o nome como direito da personalidade, vide GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, Volume I, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 168-169, e LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 157-160.

<sup>69</sup> Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

<sup>70</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 184.

<sup>71</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 227.

como aquela que é, e de não ser confundida com outrem'. Consoante este saudoso doutrinador, é preciso não haver dúvida sobre a própria identidade, para que o sujeito de um direito possa exercê-lo de modo pacífico e seguro. [...] O indivíduo deve ver respeitado o seu **direito à própria imagem ideal, segundo os valores que crê**. Essa **identidade interior** é constituída por um conjunto de traços que se misturam e se sobrepõem entre si. **Indubitavelmente, o sexo constitui um dos caracteres da identidade pessoal**. A doutrina discute a possibilidade de se conceber o **direito à IDENTIDADE SEXUAL**. Para alguns, a transexualidade se enquadra perfeitamente na possibilidade de **disposição de próprio corpo**. No entender de outros, principalmente doutrinadores italianos, pode-se falar no **direito da pessoa ao sexo real**, por ser este um componente imprescindível da pessoa. (grifos nossos)

Assim, percebe-se que o **direito à identidade pessoal abrange o DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL E [À IDENTIDADE] DE GÊNERO**, que evidentemente abrange o direito das pessoas travestis e transexuais terem seu registro civil alterado para espelhar sua realidade psicológica e social, a saber, de acordo com a sua *identidade de gênero*, ou seja, de acordo com o prenome e com o gênero/sexo pelo qual se identifica e é socialmente conhecido, respectivamente. E isso independente de cirurgia de transgenitalização e laudos quaisquer (psicológico, psiquiátrico etc). **Ora, se uma pessoa é socialmente conhecida como um mulher e se identifica, se porta e é tratada como uma mulher, ela é uma mulher e tem o direito subjetivo/constitucional, por força dos direitos da personalidade, implícitos aos seus direitos humanos, a terem alterados seu prenome e sexo jurídico por mera autonomia da vontade para que este reflitam a sua realidade psicológica e social, que é feminina (e vice-versa para os homens trans), e isso independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização e da apresentação de laudos quaisquer, pelo sexo psicológico e social prevalecer sobre o sexo meramente biológico**. Ora, se é a realidade que os registros públicos devem espelhar e considerando que a realidade da pessoa é a de uma pessoa psicologicamente identificada e socialmente reconhecida como pessoa de prenome e sexo dissonantes de seu sexo biológico, não se pode condicionar a alteração aqui pretendida a um invasivo procedimento cirúrgico.

**5. EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS**. Breve histórico da evolução do Direito para reconhecer o direito à realização da cirurgia de transgenitalização. Artigo 13 do Código Civil brasileiro. **Evolução conceitual: transexualidade e travestilidade como questões identitárias e não como uma patologia: posição do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRP/SP) e do Conselho Federal de Psicologia brasileiro pela despatologização da transexualidade e da travestilidade**.

Como visto, segundo a definição tradicional, **transexual** é a pessoa que possui uma dissociação entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico*, o que significa que a pessoa se identifica como pertencente do sexo biológico distinto de seu sexo anatômico. Em razão disso, afirma-se que a pessoa transexual possui um forte sofrimento subjetivo, na medida em que tem a firme convicção de que “nasceu no corpo errado”, por um “erro da natureza”, para usar as expressões já consagradas no trato do tema. Dessa forma, a pessoa transexual procura alterar essa realidade, normalmente mediante a cirurgia de transgenitalização (conhecida como cirurgia de “mudança de sexo”), de sorte a obter a harmonização entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico*.

A pessoa transexual não se confunde com o(a) homossexual porque este(a) efetivamente se identifica como pertencente de seu sexo biológico, apenas possuindo atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo<sup>72</sup>.

Quanto ao tema, a despeito de nossa discordância na visão patologizante da transexualidade, tem-se a lição de **Maria Helena Diniz**<sup>73</sup> como precisa no que tange à caracterização da visão tradicional sobre o tema (da qual se tem sérias reservas/discordâncias adiante explicitadas), razão pela qual pede-se *venia* para transcrever inclusive as referências bibliográficas citadas pela mesma:

*Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto<sup>74</sup>. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica<sup>75</sup>. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto<sup>76</sup>. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado<sup>77</sup>, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não se portador de qualquer anomalia<sup>78</sup>. Eis o motivo pelo qual Stoller fala em disforia de gênero, pois nítidos são o sofrimento psíquico do transexual por fazer parte de um gênero e a sua dificuldade de convivência com a frustração de pertencer ao sexo não desejado. O verdadeiro transexual ou hermafrodita psíquico, como prefere Money, é um doente, não estando, portanto, impelido por libertinagem ou vício a agir conforme o sexo oposto ao seu. Por tal razão é preciso respeitá-lo como ser humano, não considerando a aparência física que provoca ou sua preferência sexual. É preciso respeitar sua dignidade, já que não foi favorecido pela sorte, sofrendo de perturbação de identidade sexual, como dizem John Money e Gaskin, ou de esquisossexualidade, segundo Franchini. (grifos nossos)*

---

<sup>72</sup> Cabe lembrar que a Organização Mundial de Saúde não considera a homossexualidade uma doença (**Classificação Internacional de Doenças n.º 10**, aonde afirmou que a orientação sexual por si não deve ser vista como um distúrbio), no que foi seguida pelo nosso **Conselho Federal de Psicologia brasileiro** (Resolução n.º 01/1999, na qual proibiu psicólogos de procederem à patologização da homossexualidade e, inclusive, promover técnicas de “cura” da homossexualidade, visto que não há o que curar, por inexistir patologia ou desvio psicológico no caso – mas, segundo pensamos, mero moralismo totalitário daqueles que não aceitam a homoafetividade), donde a homossexualidade deve ser entendida como uma das livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade e da bissexualidade.

<sup>73</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**, 6ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 280-281.

<sup>74</sup> Aldo Pereira, *Dicionário da vida sexual*, São Paulo, Abril Cultural, v. 2 (referência constante do original).

<sup>75</sup> Sérgio Ferraz, *Manipulações biológicas*, cit., p. 64; Alexandre M. Alcântara de Oliveira, *Direito de autodeterminação sexual*, São Paulo, Juarez de Oliveira Ed., 2003 [referência constante do original].

<sup>76</sup> Paul A. Walker, Sex and life cycle, in *Transsexualism*, New York, W. Oaks, Ed. Grune & Stratton, 1966; Donald W. Hastings, Inauguration of a research project on transsexualism, in *Transsexualism*, University Medical Center, Money & Green, Ed. J. Jopkins Press, 1966, p. 248 [referências constantes do original].

<sup>77</sup> Charles L. Ihlenfeld, Thoughts on the treatment of transsexuals, *Journal of Contemporary Psychotherapy*, 6: 63; Burchard, *Struktur und Soziologie des Transvestitismus und Transsexualismus*, Stuttgart, 1961 [referências constantes do original].

<sup>78</sup> Matilde Hojda, *apud* Luís Roberto Lucarelli, Aspectos jurídicos da mudança de sexo, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 35: 215 (referência constante do original).

Ou seja, enquanto homossexuais têm uma *orientação sexual*<sup>79</sup> voltada a pessoas do mesmo gênero, os transexuais possuem uma *identidade de gênero*<sup>80</sup> dissonante do gênero<sup>81</sup> atribuído socialmente a si quando nasceram, em razão de seu genital – identificam-se com

<sup>79</sup> A **orientação sexual** refere-se ao gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, definido as pessoas em homossexuais, heterossexuais ou bissexuais. Assim, a expressão *orientação sexual* significa o gênero ao qual o sentimento erótico-afetivo da pessoa está direcionado. Trata-se da atração erótico-afetiva que se sente por pessoas do mesmo gênero (homossexualidade), pessoas de gênero oposto (heterossexualidade) ou de ambos os gêneros (bissexualidade). Portanto, atualmente a homossexualidade caracteriza-se pelo amor romântico que se sente por pessoas do mesmo gênero, a heterossexualidade pelo amor romântico que se sente por pessoas de gênero oposto e a bissexualidade pelo amor romântico que se sente por pessoas de ambos os gêneros. O que distingue homo, hétero e bissexualidade é o objeto de desejo erótico-afetivo: no primeiro caso, pessoas do mesmo gênero; no segundo, pessoas de gênero oposto; e, no terceiro, pessoas de ambos os gêneros. *Orientação sexual* não abarca a pedofilia como por vezes incredivelmente se fala, pois a pedofilia é uma *prática sexual específica* que independe da orientação sexual. Ou seja, a expressão *orientação sexual* envolve o gênero que constitui o objeto do sentimento erótico-afetivo das pessoas, independentemente da idade das mesmas, ao passo que a pedofilia é uma *prática sexual* específica que independe da orientação sexual (pode ser praticada por homo, hétero ou bissexuais), praticada entre um adulto e um(a) menor de idade, prática esta moralmente condenada ao longo dos últimos séculos (embora largamente difundida no passado, a partir da puberdade das pessoas). Logo, *prática sexual* não se confunde com *orientação sexual*. Um mínimo de bom-senso leva a tal conclusão. Aponte-se, ainda, que a *orientação sexual* independe de “opção” da pessoa, pois a realidade empírica já demonstrou que um ato de vontade é incapaz de alterar a orientação sexual da pessoa, sendo assim tecnicamente incorreta a expressão *opção sexual*. Ainda que a ciência médica não saiba definir o que forma a sexualidade, aduzindo se tratar de fatores bio-psico-sociais, ponto pacífico na seara científica é aquele segundo o qual a pessoa não escolhe ser homo, hétero ou bissexual, simplesmente descobrindo-se de uma forma ou de outra. O que pode ocorrer é a pessoa reprimir sua verdadeira orientação sexual (normalmente, homossexuais e bissexuais) para exteriorizarem uma outra (a heterossexual) por conta do preconceito social que sofre por conta de sua verdadeira orientação sexual. Mas neste caso não temos uma “mudança” de orientação sexual, mas mera repressão da verdadeira orientação sexual da pessoa, donde se pode concluir que “opção” há apenas na exteriorização ou não de sua orientação sexual, não na definição da mesma. Por fim, orientação sexual não é passível de “ensino”, de aprendizado nem nada do gênero, como inacreditável interpretação literal do termo “orientação” faz algumas pessoas pensar. Isso resta igualmente comprovado pelas inúmeras pesquisas psico-sociais que já demonstraram que a criação de um menor por um casal homoafetivo não aumenta a possibilidade do mesmo “se tornar” homossexual – mesmo porque a orientação sexual não se escolhe nem se ensina, apenas se descobre.

<sup>80</sup> A **identidade de gênero** constitui-se no entendimento que a pessoa tem relativamente ao gênero do qual faz parte. O termo *gênero* significa o conjunto de características atribuídas às pessoas por conta de seu genital, ao nascer (seu *corpo sexuado*). Ou seja, a partir da presunção de que determinadas atitudes e posturas seriam inerentes ao homem ou à mulher (*essencialismo*), criaram-se os conceitos de *masculinidade* e *feminilidade*, para designar as atitudes que se espera/exige de homens (masculinidade) e de mulheres (feminilidade) – basicamente, como forma de se estabelecer o predomínio dos homens sobre as mulheres com a atribuição de características de autonomia, liderança, racionalidade, agressividade, competitividade, objetividade e não-expressão das emoções ao *masculino* e características de hiper-sensibilidade emocional, passividade, subjetividade e criação/educação dos filhos ao feminino. Em suma, o masculino define-se em negação/oposição ao feminino (pois, segundo as normas de gênero que perduram até hoje, masculino e feminino seriam categorias antagônicas, diametralmente opostas entre si). Como se vê, neste campo tem-se presentes as ideologias de gênero, que visam determinar quais comportamentos seriam “aceitáveis” ou não a pessoas de cada um dos sexos biológicos (masculino e feminino). Embora não seja caíba aqui realizar as profundas digressões sociológicas inerentes a este tema já amplamente explorado pelos estudos sociológicos (principalmente feministas), cabe lembrar que a literatura já demonstrou que os conceitos de masculinidade e feminilidade são relativos (*construtivismo*), variáveis conforme cada sociedade e dependentes dos valores a elas inerentes, donde resta refutada qualquer cientificidade de argumentos que visam dizer que determinadas atitudes éticas/morais das pessoas sejam inerentes a seu sexo biológico.

<sup>81</sup> Como se vê (e é evidente), a identidade de gênero refere-se ao **gênero** da pessoa, sendo que o termo *gênero* significa o conjunto de características atribuídas às pessoas por conta de seu corpo sexuado. Ou seja, a partir da presunção de que determinadas atitudes e posturas seriam inerentes ao homem ou à mulher (*essencialismo*), **criaram-se os conceitos de masculinidade e feminilidade para designar as atitudes que se espera/exige de homens (masculinidade) e de mulheres (feminilidade)** – basicamente, como forma de se estabelecer o predomínio dos homens sobre as mulheres, com a atribuição de características de autonomia, liderança, racionalidade, agressividade, competitividade, objetividade e não expressão das emoções ao *masculino* e características de hipersensibilidade emocional, passividade, subjetividade e criação/educação dos filhos ao feminino. Em suma, o masculino define-se em negação ao feminino (pois, segundo as normas de gênero que perduram até hoje, masculino e feminino seriam categorias antagônicas, diametralmente opostas entre si). Como se vê, neste campo, tem-se presentes as *ideologias de gênero*, “que nos ensinam o comportamento adequado, esperado e recompensado pelos outros, moldam nossas personalidades para conformá-las às normas sociais e reprimem ou punem comportamentos a elas não conformes” e que nos são transmitidas desde o nosso nascimento. Embora não seja o escopo deste trabalho realizar as profundas digressões sociológicas inerentes ao tema já amplamente explorado pelos estudos sociológicos (principalmente feministas), cabe lembrar que a literatura já demonstrou que os conceitos de masculinidade e feminilidade são relativos (*construtivismo*), variáveis conforme cada sociedade e dependentes dos valores a elas inerentes, em que

gênero distinto daquele socialmente atribuído a pessoas de seu “sexo biológico”, identificado a partir de seu genital. Ademais, ao contrário do que usualmente se pensa, o transexual operado não irá necessariamente se relacionar com uma pessoa de sexo biológico distinto de seu *novo sexo físico*, pois há casos de transexuais que, após operados, mantém relacionamento amoroso com uma pessoa de sexo biológico idêntico ao seu novo sexo físico (por exemplo, o homem biológico que, após a cirurgia de transgenitalização que lhe dá a aparência física de mulher, mantém relações com uma mulher biológica).

Avancemos agora no tema, examinando os requisitos necessários para a classificação de uma pessoa como transexual. A literatura médica de há muito já elencou os requisitos necessários ao reconhecimento técnico da transexualidade (por ela vista, descabidamente, como uma “patologia”), que se encontram dispostos nos artigos 3º e 4º da **Resolução n.º 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM)** do Brasil (que atualizou a anterior Resolução n.º 1.652/2002, a qual já havia atualizado a Resolução n.º 1.482/1997, ambas do mesmo CFM), a saber: desconforto da pessoa com seu sexo anatômico natural, desejo de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, permanência desses *distúrbios* [sic] de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos, ausência de outros transtornos mentais, idade superior a vinte e um anos e ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Reitere-se uma nota importante sobre nosso posicionamento: **não consideramos correta a qualificação da transexualidade como uma “doença”**, concordando com a posição de **Berenice Bento** no sentido de que a transexualidade é uma questão identitária vinculada à dissonância da pessoa transexual com as normas de gênero, consoante explicado no item 3 desta peça

Nesse sentido, o posicionamento do **Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo**<sup>82</sup>, proferido em 26/05/2011, posteriormente ratificado pelo **Conselho Federal de Psicologia do Brasil**, em prol da despatologização da transexualidade e do reconhecimento de seus direitos independentemente de cirurgia de transgenitalização com base no conceito positivo de saúde segundo o qual saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social, não a mera ausência de patologias:

***O Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRP SP) apoia a Campanha Internacional Stop Trans Pathologization-2010, pela despatologização das identidades trans (travestis, transexuais e transgêneros) e a sua retirada dos catálogos de doenças, o DSM – Manual Diagnóstico e Estatístico das Doenças Mentais, da Associação Americana de Psiquiatria, cuja versão revista surgirá em 2012, e a CID – Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, da Organização Mundial de Saúde, que sairá em 2014. Historicamente, o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo tem buscado a promoção e a garantia dos Direitos Humanos. Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia publicou a Resolução CFP 01/99, que normatiza a atuação d@s psicólog@s em relação à questão da orientação sexual, considerando que a homossexualidade não***

---

resta refutada qualquer cientificidade de argumentos que diga que determinadas atitudes éticas e/ou morais sejam inerentes ao sexo biológico.

<sup>82</sup> Cf. [http://www.crp.org.br/portal/midia/fiquedeolho\\_ver.aspx?id=365](http://www.crp.org.br/portal/midia/fiquedeolho_ver.aspx?id=365) (último acesso: 26/04/12)

*constitui doença, nem distúrbio e nem perversão. A Psicologia é uma ciência que lida com a sexualidade humana e @s psicólog@s são frequentemente chamad@s a responder sobre o tema. A Resolução 01/99 coloca o compromisso ético d@s psicólog@s em contribuir para a extinção do preconceito contra lésbicas, gays e bissexuais. **Porém, travestis, transexuais e transgêneros também são vítimas de discriminação homofóbica (ou transfóbica) e as questões referentes à identidade de gênero têm sido apresentadas para a Psicologia, que se depara com a necessidade de refletir sobre o tema e se posicionar. A décima revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10, Organização Mundial da Saúde, 1993), a mesma retirou a homossexualidade da categoria das doenças, incluiu os ‘transtornos da identidade sexual’ (F64), dentre os quais encontram-se o ‘travestismo’ e o ‘transexualismo’. As mais recentes versões do Manual Diagnóstico e Estatístico das Doenças Mentais (DSM – IV, APA, 1994; DSM-IV-TR, APA, 2000) também patologizam as manifestações de gênero que fogem ao binômio homem/mulher, classificando-as dentro do diagnóstico amplo de ‘transtorno da identidade de gênero’ (F64.x). Em 1997, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a resolução 1.482/97, autorizando as chamadas ‘cirurgias de transgenitalização’ para o tratamento de transexuais no Brasil. Em 2008, o então ministro da Saúde, José Gomes Temporão, instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o ‘Processo Transsexualizador’, da portaria MS 1.707, regulamentado pela portaria 457 (Ministério da Saúde, 2008). Em 2010, o CFM publicou uma nova resolução sobre a assistência a transexuais no Brasil (Resolução 1.955/2010), passando a considerar que os procedimentos de retiradas de mamas, ovários e útero no caso de homens transexuais deixam de ser experimentais e podem ser feitos em qualquer hospital público e/ou privado que sigam as recomendações do Conselho. Embora a instituição do chamado ‘Processo Transsexualizador’ no SUS tenha sido uma grande conquista, entendemos que o acesso à saúde é um direito de tod@s e que a assistência médica e psicológica a pessoas trans, o tratamento hormonal e cirúrgico pelos serviços públicos de saúde não devem estar condicionados a um diagnóstico psiquiátrico. Defendemos o princípio da integralidade do SUS, considerando uma concepção positiva de saúde, em que a mesma não é sinônimo de doença, e, sim, de bem estar bio-psíquico-social das pessoas. Os Estudos de Gênero e as próprias experiências vividas por pessoas trans demonstram que a concepção binária de gênero presente no ocidente e o alimentamento entre sexo, gênero e desejo não são algo ‘natural’. A ideia da existência de dois gêneros opostos, feminino e masculino, baseada na diferença entre os sexos, é algo construído culturalmente. A realidade de sexo, de gênero e do corpo não pode ser imposta. Ela tem que ser observada nas formas e nas experiências do indivíduo e do grupo. As sexualidades, os gêneros e os corpos que não se encaixam no binarismo convencional (masculino/feminino, macho/fêmea) não podem servir de base para uma classificação psicopatológica. A normatividade do binarismo de sexo e de gênero só permite aos deslocamentos, como a transexualidade, a travestilidade, o crossdressing, as drag queens, serem vistos como maneiras de existir desviantes, criando-se categorias linguísticas e psiquiátricas que conferem inteligibilidade à vivência das pessoas. Portanto, numa concepção que desnaturalize o gênero, a pluralidade das identidades de gênero refere possibilidades de existência, manifestações da diversidade humana, e não transtornos mentais. Ser considerad@ um@ ‘doente mental’ só traz sofrimento à vida de quem possui uma identidade de gênero trans. Apesar de considerar que vivências como a transexualidade e a travestilidade podem e, em geral, geram muito sofrimento, entendemos que isto tem mais a ver com a discriminação do que com a experiência em si. A patologização das identidades trans fortalece estigmas, fomenta posturas discriminatórias e contribui para a marginalização das pessoas. A ‘doença’ trans é social: é a ausência de reconhecimento destas pessoas como cidadãs, é a ausência de reconhecimento de seu direito de existir, de amar, de desejar e de ser feliz. Retirar o rótulo de ‘doente mental’ das pessoas trans, significará devolver a elas uma potência perdida na ideia de que são ‘seres desviantes’, proporcionando uma abertura para que possam se apropriar de suas identidades e desenvolver sua autonomia. Defendemos:***

- A não medicalização da sociedade;
- A retirada do ‘transtorno de identidade de gênero’ dos manuais internacionais de diagnóstico;
- Que o direito à mudança de nome e sexo nos documentos de identificação não seja condicionado a um tratamento obrigatório ou diagnóstico;
- O investimento na formação de profissionais qualificad@s para o atendimento integral para tod@s. (grifos nossos)

Lembre-se, ainda, que muito embora a cirurgia de transgenitalização implique teoricamente em uma mutilação do corpo da pessoa (como a ablação do pênis no caso do homem e mastectomia no caso da mulher, entre outras), isso ocorre por força de **necessidade terapêutica** (na visão de saúde como completo estado de bem-estar físico, psíquico e social e não como mera ausência de patologia, na linha da OMS – logo, necessidade terapêutica para respeitar o bem-estar psíquico-social da pessoa transexual), na medida em que é somente assim que a pessoa transexual ou travesti atingirá finalmente sua paz de espírito, mediante a adequação de seu sexo físico com seu sexo psíquico. Assim, não há que se falar em crime de lesão corporal por ausência absoluta de dolo do médico, pois o mesmo realiza a cirurgia com propósito terapêutico e não um propósito de lesionar a pessoa transexual. Nesse sentido, é salutar a leitura do terceiro *considerando* da Resolução n.º 1.955/2010 do CFM, segundo o qual a referida cirurgia<sup>83</sup> “**não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico**”. Trata-se de entendimento cristalizado a partir da notória decisão do extinto **Tribunal de Alcada Criminal de São Paulo na Apelação Criminal n.º 201.999 (RT 545/355)**, no final da década de 1970, quando, por maioria, se absolveu o renomado médico Roberto Farina do crime de lesão corporal grave em razão de ter realizado cirurgia de transgenitalização em um homem para adequá-lo ao seu *sexo psíquico*, no caso, feminino<sup>84</sup>.

Veja-se, aliás, trecho da manifestação dos **Grupos Nuances e Igualdade**, constantes de processo pendente de julgamento perante a Suprema Corte brasileira (ADI 4275) e ora anexada em razão de ter sido (absurdamente) indeferido seu ingresso como *amici curiae* neste feito, acerca do início da história da luta das pessoas transexuais no Brasil pelo direito à cirurgia de transgenitalização e à retificação de seu registro civil (pp. 14-15 da manifestação):

***O início dos avanços quanto aos transexuais deu-se apenas por volta da década de 1970. Enquanto países como os Estados Unidos já tinham assistido, até 1979, a mais de quatro mil***

---

<sup>83</sup> Cirurgia esta tecnicamente designada como “*cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários*” no referido “considerando”.

<sup>84</sup> A linha vencedora, que corretamente analisou o tema, aduziu o seguinte: “**Não age dolosamente o médico que, através de uma cirurgia, procura curar o paciente ou reduzir o seu sofrimento físico ou mental**”, visto que “*tal cirurgia tinha sido tomada por um grupo de médicos, psiquiatras e psicólogos, todos amparados, como acima exposto, no parecer de um jurista do mais alto gabarito moral e intelectual, o Prof. Washington de Barros Monteiro*”, salientando ainda que existia nos autos “*parecer do E. Jurisconsulto Prof. Heleno Claudio Fragoso, que não vislumbrou antijuridicidade no ato do acusado*”, em razão de ter concluído o célebre criminalista “*não haver a menor dúvida de que o Dr. Roberto Farina agiu de boa-fé, com o propósito curativo, tendo presente a positiva e cuidadosa indicação médica que lhe foi feita pela equipe de médicos que vinha atendendo ao paciente*”, donde se concluiu que “*é bem de ver que o acusado não se houve com dolo. Ele apenas seguiu a terapêutica indicada pelo consenso unânime de uma equipe de especialistas nos vários setores relacionados com o caso*”, razão pela qual “*quem assim age não o faz dolosamente, à toda evidência, dada a superioridade de seu propósito*”. A íntegra da decisão encontra-se disponível para consulta na Revista dos Tribunais n.º 545, página 355 (RT n.º 545/355). Grifo nosso.

*cirurgias de redesignação sexual, via-se, no Brasil, em novembro daquele ano, a primeira discussão aberta sobre a operação pioneira desse tipo no País, feita em 1971 e ocultada até então. Seu impacto fora tamanho perante a opinião pública que o cirurgião plástico Roberto Farina tinha sido condenado a dois anos de reclusão por "prática de lesões corporais de natureza". O paciente da intervenção, Valdir Cruz, teve seu prenome retificado para Valdirene logo após o câmbio do sexo;  todavia, com o frenesi tardio que seu caso gerou, teve a retificação revogada, voltando ao seu prenome original". O avanço em sua cidadania, diante da opinião pública, foi refutado - e só fora possível diante do périplo físico.*

*O reconhecimento da cidadania das minorias citadas era ainda menor fora dessa esfera - em outros termos, nulo. Era impraticável, principalmente durante o regime militar, às travestis aparecerem publicamente com trajes femininos. Os indivíduos do sexo masculino que se arriscavam eram presos e muitas vezes submetidos a longas sessões de humilhação e tortura, como as relatadas". O repúdio à desconexão do sexo biológico ao social chegava ao ponto de destituir seres de sua própria humanidade. Ao mesmo tempo, em povos tão distintos como os inuits, os hindus e indígenas entre o México e o Alasca, há a desconexão dessas concepções e o reconhecimento social dos indivíduos". As notícias sobre mortes envolvendo tal vulnerável população são diárias e sem restrições regionais. Assassinatos com requintes de crueldade - degolas, apedrejamentos, tiros na face - são facilmente encontrados".*

*Observa-se que o sofrimento das minorias sexuais no Brasil é antiquíssimo. Sua manifestação é por vezes silenciosa e inconspícua, mas também aparece na fonna da mais crua violência.*

*A possibilidade de mudança de nome para transexuais é um passo importante para que esse sofrimento seja minorado, pois significa retirar oficialmente desse grupo um elemento constrangedor que serve muitas vezes de pretexto para tratamentos vexatórios e que perpetua no imaginário social uma idéia incompatível com a democracia, qual seja, a de que um grupo identitário não merece proteção e não tem direitos.*

*Não se justifica, por fim, que o Estado perpetue uma exclusão de cidadania que poderia evitar por meio de uma interpretação constitucional da legislação ordinária. Manter o atual estado de interpretação constitucional perpetua e reforça o estado de vulnerabilidade em que se encontra esse grupo particular da população. (grifos nossos)*

Dessa forma, percebe-se que esta interpretação que o Conselho Federal de Medicina atribuiu ao tema não é arbitrária nem inovadora, na medida em que a **jurisprudência** já se consolidou neste sentido (de que não há que se falar em crime de lesão corporal na cirurgia de transgenitalização porque a mesma é realizada com intuito terapêutico e não com dolo direcionado a lesionar a pessoa). No mesmo sentido, referendando o citado entendimento, afirma **Tereza Rodrigues Vieira**<sup>85</sup> que “A ablação dos genitais tende a beneficiar o conjunto e a sociabilidade do indivíduo”, pois “O que não pode ser olvidado são as vantagens advindas da cirurgia, atenuando os inconvenientes sociais, inclusive”, por ser importantíssimo lembrar que se trata de “terapêutica objetivando à melhoria da saúde”. Com efeito, explica a autora<sup>86</sup>:

<sup>85</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 246.

*Jalma Jurado, professor da Faculdade de Medicina de Jundiaí, um dos maiores especialistas do país neste tipo de cirurgia, revela em seus pareceres que a ciência atual não apresenta outro caminho que não a correção cirúrgica do sexo, tornando-se, portanto, **inadequados os termos troca ou mudança de sexo, sendo apenas e somente uma adequação cirúrgica**, acompanhando nosso entendimento. Assegura que apenas a correção cirúrgica não permite o exercício completo da cidadania desses indivíduos, restando ainda a autorização nos registros civis, para uma ressocialização definitiva.*

Por outro lado, a cirurgia de transgenitalização ganhou foros de legalidade implícita por força do **artigo 13 do Código Civil brasileiro**, segundo o qual uma exigência médica pode implicar uma diminuição permanente da integridade física da pessoa, mesmo que isto venha a ser (descabimento) entendido (de maneira totalitária e absolutamente insensível à realidade das pessoas transexuais) como algo supostamente contrário aos “bons costumes”. Não é outra a lição de **Paulo Lôbo**<sup>87</sup>, que destaca se tratar também do entendimento sumulado na **IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**, senão vejamos:

*O Código Civil procurou estabelecer limites à disposição do próprio corpo, que importe diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. E é apenas admissível quando se impuser exigência médica (art. 13 do Código Civil). Essa faculdade enseja a interpretação de autorizar ‘as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no registro civil’, de acordo com o enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo CJE, em 2006. (...) (grifos nossos)*

Importantíssima a inovação constante do artigo 13 do Código Civil, pois representa autorização normativa expressa para a realização da cirurgia de transgenitalização quando houver prescrição médica que a autorize, de sorte a se afastar expressamente a ilicitude da conduta. Ora, **se o Código Civil autoriza a conduta, ela não pode ser tida como criminosa**, por representar exercício regular de direito da pessoa transexual que deseja a cirurgia, o que evidentemente afasta a ilicitude da conduta médica destinada a curar o paciente transexual da agonia de sua disforia de gênero através da cirurgia de transgenitalização, visto que se a cirurgia tem respaldo normativo que a autorize, não há como se considerar sua realização como crime.

Assim, é incontestável a conclusão acerca da licitude da cirurgia de transgenitalização por força do direito ao próprio corpo, reconhecidamente um dos direitos da personalidade.

### **5.1. PRENOME E SEXO JURÍDICO DA PESSOA TRAVESTI E TRANSEXUAL. Exposição ao Ridículo. Apelido Público Notório (arts. 55, parágrafo único, e 58 da Lei n.º 6.015/1973). Doutrina e Jurisprudência – mudança de sexo jurídico independentemente de cirurgia.**

Doutrina e jurisprudência brasileiras aceitam tal retificação por força do **artigo 55 da Lei de Registros Públicos** (Lei n.º 6.015/1973), visto que expõe a pessoa ao ridículo,

---

<sup>87</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 149. No mesmo sentido: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

e mais precisamente no **artigo 58** da citada lei, visto que permite a retificação do registro civil em prol de **apelido público notório** devidamente provado pela pessoa – como pessoas transexuais [bem como travestis] conseguem provar com relativa facilidade, ou seja, conseguem provar que são notoriamente conhecidas por seu *nome social*, ou seja, o nome compatível com a sua identidade de gênero.

**O nome social é expressão absolutamente análoga à expressão apelido público notório** do artigo 58 da Lei dos Registros Públicos. Aliás, absurdo entender-se que seria irrelevante o nome pelo qual a pessoa é socialmente conhecida. *Ora, o (pre)nome pelo qual a pessoa é socialmente conhecida constitui-se como seu apelido público notório, logo, a retificação do prenome das pessoas transexuais (e travestis) independe de cirurgia de transgenitalização até por expressa disposição legal: a lei exige que se prove apelido público notório e nada mais* – e, como se sabe, nos termos da melhor hermenêutica, onde a lei não discrimina, não cabe ao intérprete discriminar; concessão de direitos pode se dar independente de norma expressa, mas restrições de direitos devem expressas, afinal, *ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei*, nos termos do **art. 5º, inc. II, da Constituição Federal brasileira**, como forma de se garantir que restrições de direito se deem apenas quando o povo assim tiver se manifestado, manifestação esta na forma de texto normativo legal ou constitucional. Defende-se que a Corte Constitucional exerça *função legislativa atípica*, como fez ao regulamentar a greve dos servidores públicos civis a despeito da exigência constitucional de lei específica para tanto (MI 670, 708 e 712), apenas nos casos de cumprimento de ordens constitucionais de legislar (afinal, estas expressam a vontade popular, objetivamente considerada na forma de texto normativo constitucional, na criação da lei em questão), logo, para sanar situações de *omissão inconstitucional*. Evidente não é o caso deste processo: busca-se aqui o reconhecimento de direitos (sua concessão) a pessoas transexuais, ao passo que a *omissão inconstitucional* que se vê aqui é a omissão do Estado Legislador em reconhecer expressamente tais direitos às pessoas transexuais (e travestis).

Segundo a manifestação dos **Grupos Nuances e Igualdade** no processo pendente de julgamento perante a Suprema Corte brasileira (ADI 4275) (pp. 16-18 da manifestação):

*A alteração do prenome para a pessoa transexual não difere, em essência, da mudança de nome para a pessoa não transexual. O requerente postula a modificação do assento original com fundamento nas duas hipóteses autorizadas, constantes dos artigos 55 § único e 58 da Lei 6.015/1973, quais sejam (i) o constrangimento desnecessário que viola sua dignidade humana, imagem pública, respeito e autoestima, e (ii) a existência de outro apelido público e notório. No entanto, como a pesquisa desenvolvida pelo GEDS revelou, a pessoa não transexual que deseje mudar de nome tem hoje maior facilidade do que a transexual.*

*Neste sentido, é interessante mencionar as diferenças observadas nas decisões acerca da alteração de prenome entre os indivíduos cisgêneros (aqueles que se adequam ao seu sexo biológico, mas cujo nome designa tanto homens como mulheres - como é o caso de "Darci") e os transexuais em geral. Ambos são vítimas de constrangimento por conta da temática sexual. Em outras palavras, a inadequação de seus nomes de registro ao corpo em que se apresentam causa-lhes dor, sofrimento psicológico e não pertencimento ao grupo social em que se inserem. [...] Diante do exposto, imperativo notar que ao passo que cisgêneros, na maioria dos casos têm seu pedido de alteração do prenome deferido, o mesmo não se verifica,*

infelizmente, no caso das pessoas transexuais. Ora, uma pessoa transexual é pública e socialmente conhecida como pertencente ao sexo oposto, daí que seu nome social seja diferente do nome de registro. Mantido o nome de registro, essa pessoa é diária e desnecessariamente submetida a situações vexatórias e ridicularização social, ou, quando não ridicularização, à necessidade de explicar a discrepância entre o registro e o nome social, entre sua aparência e seu nome. (grifos nossos)

Nesse sentido, é preciosa a lição de **Tereza Rodrigues Vieira**:

*“Conforme já afirmamos anteriormente, o prenome ridículo admite diversas gradações de cunho axiológico, as quais deverão ser ponderadas. Há que se considerar que existem prenomes que não são grotescos por si mesmos, mas tornam-se ridículos quando atribuídos a determinadas pessoas, de quem se espera caracteres específicos, conforme explicamos na primeira parte desta obra. Assim, o prenome do transexual não necessita necessariamente ser vexatório, mas sim, suscetível de expor ao ridículo o seu titular. O ridículo, nos casos de transexualidade, está patente na desconformidade da aparência física e psíquica do indivíduo, com o exarado em sua documentação legal. O nome deve existir para identificar a pessoa e não para expô-la à chacota. [...] Ainda no que concerne ao ridículo, convém reafirmar o que por nós já fora dito: ‘...entendemos não ser necessário que o motivo preexistia ao registro, podendo demandar a qualquer tempo, pois o que não expõe à chacota hoje poderá sujeitá-lo amanhã. [...] As pessoas hão de se conscientizar de que a lei é necessária para servir ao homem e não para oprimi-lo’”. (Op. Cit. Grifos nossos).*

Precisas estas palavras. Com efeito, a recepção deste dispositivo pela Constituição Federal de 1988 só pode significar a interpretação da vedação do registro de prenomes que exponham seu titular ao ridículo como uma decorrência do **princípio da dignidade da pessoa humana**, no sentido de não se permitir que a pessoa venha a ser humilhada e constrangida por conta de seu prenome, por tal não se coadunar com dito princípio constitucional. Pois bem: esta é a mesma situação da(o) cidadã(o) transexual, que precisa da alteração de seu prenome e de seu sexo jurídico para que não venha a sofrer humilhações e constrangimentos das demais pessoas por conta do forte preconceito social existente contra a condição transexual. Afinal, **as pessoas transexuais (e travestis) devem ter a si reconhecido um direito à sua identidade, à sua real identidade, ainda que esta tenha se alterado com o tempo – sendo o direito à identidade inegavelmente um dos direitos da personalidade.**

Com efeito, **o Direito é uma ciência valorativa**, melhor explicada através da **teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale**, segundo a qual a *norma* é oriunda da aplicação de uma *valoração* a um *fato* (norma = fato + valor). **É a valoração o elemento mais relevante**: protege-se determinada situação fática por um motivo, donde, estando este motivo presente em situação fática diversa, então esta última deve receber o mesmo regime jurídico por força da interpretação extensiva ou da analogia. Pode-se indagar porque se fala em interpretação extensiva *ou* analogia. Como se sabe, as duas versam sobre uma situação citada pelo enunciado normativo e outra não citada, embora a interpretação extensiva refira-se a duas situações idênticas e a analogia refira-se a duas situações que, embora diferentes em algum aspecto, são idênticas no essencial, naquilo que justifica a normatização do fato regulamentado. Assim, **há que se aplicar uma interpretação extensiva para se permitir a retificação do prenome das pessoas travestis e transexuais no registro civil, por força de interpretação convencionalmente adequada** do

disposto no artigo 55, parágrafo único, da Lei n.º 6.015/1973. Por outro lado, há outro fundamento autorizador de tal medida, a saber, a permissibilidade da alteração do prenome por este se caracterizar como um **apelido público notório**, a teor do disposto no artigo 58 da Lei n.º 6.015/1973, em sua interpretação convencionalmente adequada. Com efeito, quem convive com **pessoas transexuais e travestis** sabe que estas **se identificam por um prenome que coincide com seu sexo psíquico, independentemente do que consta em seu registro civil**. Assim, considerando que este prenome diverso daquele que consta no registro civil configura-se como *apelido* e considerando que as pessoas em geral conhecem o cidadão transexual por este prenome coerente com seu sexo psíquico (o que lhe dá ares de notoriedade), é inegável que **o chamado nome social do transexual enquadra-se no conceito de apelido público notório do artigo 58 da Lei n.º 6.015/1973**, razão pela qual deve ser deferida a retificação do prenome do cidadão transexual no registro civil para que conste, em seu lugar, o referido apelido público notório.

Com efeito, enuncia **Paulo Lôbo**<sup>88</sup>:

*Questão problemática é o da **identidade pessoal dos transexuais**, que não se enquadram no conceito de homossexual. O transexual não tem orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo, mas é aquele que apresenta conflito, normalmente inato, entre o sexo biológico e o sexo psíquico, que lhe é determinante. ‘O transexual acredita insofismavelmente pertencer ao sexo contrário à sua anatomia e por isso se transveste. Para ele, a operação de mudança de sexo é uma obstinação. Em momento algum vive, comporta-se ou age como homem’ (Antônio Chaves). Cogita-se do **direito à identidade sexual**, que suporia a possibilidade de troca de sexo. O **Tribunal Constitucional da Espanha** reconheceu os efeitos jurídicos da troca de sexo por operação cirúrgica, em três decisões de 1987, 1988, 1989, com fundamento no **livre desenvolvimento da personalidade**, e que o impedimento de alteração do registro civil de seu ‘sexo psíquico’ impede o livre desenvolvimento da personalidade. Assim também decidiu o **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, que alterou sua posição anterior. Para Sá e Neves, ‘como o **direito ao próprio corpo** encontra-se no rol dos direitos de personalidade, imprescindível deixar claro que o transexual tem o direito de buscar o livre desdobramento de sua personalidade através do seu **equilíbrio psicofísico**’. Os autores não são favoráveis à cogitação de um terceiro sexo, entendendo que ‘o princípio da publicidade deve ceder lugar ao princípio do **direito à intimidade da pessoa**’.*

A **jurisprudência** já tem aceito com relativa tranquilidade a possibilidade jurídica da mudança de prenome e sexo jurídico da pessoa transexual operada<sup>89</sup>. Merece destaque,

---

<sup>88</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 160. Outrossim, tanto é verdade não se poder invocar pura e simplesmente uma suposta taxatividade das hipóteses de mudança de prenome na medida em que o **Superior Tribunal de Justiça** firmou posicionamento no sentido de que **a existência de um motivo relevante** permite a alteração do prenome da pessoa mesmo após decorrido o prazo de um ano da maioria prevista no artigo 56 da Lei n.º 6.015/1973. Com efeito, o **Superior Tribunal de Justiça** reconheceu que a existência de um motivo relevante permite a retificação do prenome mesmo após o prazo legal em uma diversidade de casos (cf., v.g., REsp n.º 66.643-SP, REsp n.º 538.187-RJ, REsp n.º 220.059, REsp n.º 213.682, REsp n.º 605.708<sup>88</sup>), sendo inegável que **a dissonância do sexo físico com o sexo psíquico da pessoa de forma a caracterizar a condição transexual da mesma configura-se como um motivo extremamente relevante para possibilitar a retificação do prenome da pessoa no registro civil**. Nesse sentido, comentando o entendimento de outros autores (com os quais concorda), leciona **Tereza Rodrigues Vieira**: *Ao comentar o disposto no artigo acima [art. 57 da Lei dos Registros Públicos], argumentou **Caio Mário da Silva Pereira**: ‘Obviamente que a mudança de sexo e de nome é caso excepcional e justifica a alteração no registro’. **Serpa Lopes** admite igualmente a adequação de prenome no caso de adequação de sexo. Se a alteração for comprovada por meio de perícia médico-legal, mister se faz o uso de um prenome que corresponda ao seu novo sexo. (grifos nossos). Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 259. Grifos nossos.*

todavia, julgado paradigmático proferido pelo **Superior Tribunal de Justiça** acerca do tema, que muito bem sintetiza a questão da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação dos enunciados normativos vigentes no país, cujos argumentos ficam aqui reiterados para finalizar o tópico:

*Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. Conservar o ‘sexo masculino’ no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana*

---

<sup>89</sup> Citemos, v.g.: **TJ/MG, Apelação Cível n.º 1.0024.05.778220-3/001(1)**, DJe de 07/04/2009: a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana do cidadão transexual demanda pelo deferimento da cirurgia e da mudança de registro civil; **TJ/ES, Apelação Cível n.º 24060180783, 3ª Câmara Cível**, DJ de 31/07/2007: nome como fator de individualização na sociedade, direito inerente à pessoa humana e, assim, um direito da personalidade do cidadão transexual; **TJ/SP, Apelação Cível n.º 147.425-9**, DJ de 31/08/2004: manter o registro civil inalterado equivale a manter um fato inverídico, pois o transexual vive e se comporta como pessoa de sexo distinto de seu sexo biológico, ressaltando-se a dimensão psicossocial do sexo, que não se limita a uma questão biológica, tendo a cirurgia apenas ajustado o transexual à pessoa que ele sempre foi.

*assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar ‘imperfeições’ como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.* (STJ, REsp n.º 1.008.398/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe de 18.11.2009, RSTJ n.º 217/840 – grifos nossos).

No mesmo sentido: STJ, REsp 1.281.093/SP, DJe de 04.02.2013, e REsp n.º 737.993/RJ, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 10/11/2009.

Aqui, contudo, vamos além deste entendimento, pois **a petição inicial pede o reconhecimento de tal direito mesmo a pessoas transexuais que não realizaram cirurgia de transgenitalização** (até porque a *ratio decidendi* do julgado que do STJ se acaba de transcrever, abstraída a menção à cirurgia, justifica plenamente a mudança de prenome e sexo jurídico da pessoa transexual independentemente de cirurgia). Como se sabe, há diversas pessoas transexuais que não desejam realizar a cirurgia de transgenitalização<sup>90</sup>. Nesse sentido, **deve-se reconhecer a possibilidade de mudança de prenome e sexo jurídico de quem ainda não se submeteu à cirurgia de transgenitalização**.

Com efeito, consoante já decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “*A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia, a*

---

<sup>90</sup> Aqui cabe reiterar um esclarecimento: deve ser superada a noção segundo a qual a diferença entre travestis e transexuais seria a de que as travestis não desejam fazer a cirurgia e as transexuais desejam, pois há pessoas transexuais que não desejam realizar a cirurgia por diversos motivos, talvez o principal o de a cirurgia não ser apta, até o presente momento, de reconstruir o corpo operado para ter a sensibilidade sexual originária do sexo biológico equivalente ao sexo psíquico da pessoa transexual. A diferença entre travestis e transexuais é que a travesti não se incomoda em ser identificada como pessoa de determinado sexo biológico que se veste com roupas destinadas ao outro sexo, ao passo que o transexual quer ser identificada unicamente como pessoa de seu sexo psíquico, oposto ao seu sexo físico.

retificação do nome da requerente para conformá-lo à sua identidade social”<sup>91</sup>.<sup>92</sup> (g.n.) Vejamos trecho fundamental do inteiro teor deste paradigmático julgado que deferiu a mudança do prenome da parte-autora da ação:

***O cerne do princípio da igualdade está na proibição do tratamento discriminatório. Ou seja, são vedadas as que visem a prejudicar, restringir ou mesmo acabar com o exercício de direitos e liberdades fundamentais, em razão de sexo, raça, cor, idade, origem, religião. É inegável que, no exercício da sua liberdade, JB tem o direito de buscar a qualidade de vida através da satisfação dos seus anseios, concretizando assim o seu direito à liberdade e à dignidade. E aqui a satisfação de JB está representada na alteração do seu nome. Ele quer sentir-se bem e conformado com a sua condição social expressada através do nome e tudo o que ele representa coletiva e individualmente. Não há negar que a identidade social e psicológica é base para essa busca. A insatisfação com a própria identidade, representada pelo nome, o descompasso entre o que se é de fato e o que vem representado através do nome, impede a pessoa de viver com dignidade e fomenta um sentimento de total inadaptação. É por isso que ‘nessa perspectiva jusfundamental, o que se tem que evitar é, para o fim de superar a disforia sexual, afirmar que só é masculino e só é feminino quem atender a uma determinada, rígida, fixa e excludente combinação de características, impostas pelas convicções sociais da maioria ou pela pretensão de um saber médico neutro e objetivo. Tal percepção, intransigente e inflexível, gera violações de direitos fundamentais e é fruto do fechar dos olhos à realidade: a sexualidade e a vida humana não se deixam enquadrar em padrões historicamente definidos por profissionais da saúde ou por representantes da opinião da maioria. A vida humana e suas manifestações são um ‘continuum’, que não se deixam aprisionar em polaridades opostas e compartimentos estanques. No campo da sexualidade, a demonstração mais famosa dessa realidade, com enorme impacto científico, social e cultural, veio com o clássico Sexual Behavior in the Human Male, do biólogo Alfred Kinsey, publicado em 1948 e baseado em exaustivo estudo estatístico’ (Roger Raupp Rios, apelação cível n.º 2001.71.00.026279-9/RS). Logo, desimporta aqui a apuração da verdade sobre a sexualidade ou o gênero ao qual JB pertence. Não é necessário categorizá-lo como travesti ou transexual para reconhecer a sua condição de ser humano e digno. É inútil, e até indigna, a categorização das pessoas pelo sexo, como condição para que se possa atribuir-lhe uma conformação social entre o nome e sua aparência. As ações, modo de vida, e a própria opção pessoa de cada um são os motivos suficientes para determinar a verdadeira identidade e não podem servir para discriminar. [...] Com efeito, embora o nome apresente-se como um elemento de diferenciação do indivíduo perante a coletividade, o seu maior atributo não está no coletivo, mas no individual. É através do nome que todo e qualquer indivíduo se identifica, se vê como um ser dotado das características que aquele signo representa para si. É claro que a forma como o indivíduo é visto socialmente também importa para a conformação do nome. Mas a importância dessa visão social e coletiva do indivíduo volta-se muito mais para o próprio indivíduo em respeito à sua dignidade, em atenção à forma como esse indivíduo sente-se ao ser visto dessa ou daquela forma pelo coletivo. Está certo que JB não só apresenta-se com características físicas e psíquicas femininas, como também***

<sup>91</sup> TJ/RS, Apelação Cível n.º 70030504070, 08ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Rui Portanova, julgada em 29/10/2009. Grifos nossos. Embora o acórdão tenha citado o prenome do autor, entendemos por bem citar apenas a sigla, para fins de maior preservação de sua intimidade. Anote-se, ainda, que o termo “travestismo” é do original e, embora ainda seja tecnicamente correto pela Organização Mundial de Saúde falar em *travestismo*, entendemos que se deve falar em *travestilidade*, por não considerarmos que as pessoas travestis sejam “doentes” pelo simples fato de serem travestis (*ismo* é sufixo que significa *doença*, ao passo que *dade* é sufixo que significa *modo de ser*). Na verdade, a patologização da travestilidade nada mais é do que uma naturalização das *normas de gênero* que visam atribuir determinadas características às pessoas em razão de seu sexo biológico, mas esta discussão transcende os limites deste trabalho.

<sup>92</sup> No mesmo sentido: TJ/RS, Apelação Cível n.º 70030772271, 08ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Rui Portanova, julgada em 16/07/2009; Apelação Cível n.º 70022504849, 08ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Rui Portanova, julgada em 16/04/2009.

*deixa certo que o nome que melhor lhe identifica e que satisfaz os seus anseios é o nome com tais características. Basta olhar as fotos de fls. 29/30 e 71 e se verá que JB se apresenta como uma mulher. [...] Ao fim e ao cabo, desimporta se JB é um transexual ou um travesti. Desimporta se ele fez ou fará cirurgia de transgenitalização, se sua orientação sexual é pelo mesmo sexo ou pelo sexo oposto, por homem ou por mulher. Todos esses fatores não modificam a forma como JB se vê e é visto por todos. Como uma mulher. Tal como dito por **Berenice Bento** ‘Os ‘normais’ negam-se a reconhecer a presença da margem no centro como elemento estruturante e indispensável. Daí eliminá-la obsessivamente pelos insultos, leis, castigos, no assassinato ritualizado de uma transexual que precisa morrer cem vezes na ponta afiada de uma faca que se nega a parar mesmo diante do corpo moribundo. Quem estava sendo morto? A margem? Não seria o medo de o centro admitir que ela (a transexual/a margem) me habita e me apavora? Antes de matá-la. Antes de agir em nome da norma, da lei e fazer a assepsia que garantirá o bom funcionamento e regulação das normas. Outra solução ‘mais eficaz’ é confinar os ‘seres abjetos’ aos compêndios médicos e trazê-los à vida humana por uma agulhada que marca um código abrasado a cada relatório médico que diagnostica um transtorno’ (BENTO, Berenice. O que é transexualidade, p. 38-39. Ed. Brasiliense). Enfim, de qualquer forma que se aborde o assunto, a solução não pode ser outra que não o atendimento do pedido da autora. (grifos nossos)*

Veamos recente decisão do **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**:

*APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGÊNERO. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.*

*Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento.*

*A condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente.*

*DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.*

*(TJRS, Apelação n.º 70057414971 [nº CNJ: 0466124-36.2013.8.21.7000], 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Rui Portanova, julgada em 05.06.2014).*

Veamos o **inteiro teor** da decisão:

A apelante alegou que o laudo pericial foi favorável à alteração do nome e do sexo. Sustentou que desde tenra idade sempre teve conduta inclinada para o sexo feminino, noticiando traumas psíquicos e rejeição social determinados pela inadequação de sua identidade biológica com sua condição psicológica. Referiu possuir todas as características femininas, embora não tenha realizado cirurgia de transgenitalização. Aduziu que a alteração apenas do prenome é discriminatória, pois torna pública a sua condição de transexual.

Estou provendo o apelo.

Basta ler as razões sentenciais (fls. 106/112) para ver que a apelante realmente se encontra na condição de transgênero, tudo muito bem embasado na prova dos autos. Quanto a isso não há dúvida. **A questão que aqui se coloca agora é se é possível alterar também o sexo constante do registro civil de NATALY, ou deve permanecer como “masculino” até que ela realize a cirurgia de transgenitalização.** Segundo a sentença, “ante a inexistência de regramento específico em nosso sistema jurídico, estabeleceu este juízo, para deferimento da alteração de

*sexo, a realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização como marco identificador maior do processo de adequação do sexo biológico de nascimento ao sexo psicossocial, o que se encontra ausente no presente caso.*”

“Data venia”, penso que a solução deve ser outra.

Antes de mais, vale a pena ter em conta que, **a eventual falta de “regramento específico” a respeito de determinada questão jurídica, não é motivo para o juiz deixar de julgar um determinado pedido.** Nem assim, não havendo proibição, julgar, sempre e sempre, contra os interesses da parte. O consagrado instituto da lacuna (seja do Direito ou da Lei) viabiliza, com amparo legal (desde sempre) que o juízo decida utilizando o seu convencimento razoável.

No presente caso, "data venia", é plenamente possível acolher o pleito da parte apelante.

Primeiro porque **não estamos a discutir um problema de sexo, mas de gênero, “masculino” ou “feminino”.** A parte autora alegou e provou que, psicologicamente, ostenta a condição de mulher, embora tenha sido registrada como homem, provavelmente em face da existência de pênis. Tanto é assim que seu nome foi alterado pela sentença, que, neste ponto, não merece qualquer reparo. Contudo, renovada *venia*, **reconhecer a condição de uma pessoa como sendo a de uma mulher, alterando seu nome, sem, contudo, mudar a sua designação de sexo em seu registro civil, em meu entendimento, mostra-se uma tanto quanto desarrazoado.** Digo isso, em face do fato de, agindo assim, o Poder Judiciário causa a parte uma situação mais socialmente constrangedora a parte do que se tivesse deixado tudo como estava. Não há perder de vista que, **tanto o nome, quando a designação sexual constantes do registro civil serve para identificar a pessoa perante o meio social. E se NATALY hoje se identifica como mulher, é essa a condição que seu registro civil deve espelhar.**

Mas não é só.

**Sabemos que o nome de uma pessoa tem significado não só no meio social como também para ela mesma. É através do nome, e de sua designação sexual, que a pessoa se vê como indivíduo e é vista socialmente. Nesse passo, tão ou mais importante que mudar o nome de uma pessoa em casos como o presente, é a modificação de seu gênero. E PARA TÃO NÃO SE FAZ NECESSÁRIO A SUA TRANSGENITALIZAÇÃO, POIS GÊNERO E SEXO NÃO SE CONFUNDEM.** Até agora, o pênis nunca foi dificuldade para Nataly ser e viver como mulher que é. De seu corpo ela tem total liberdade de fazer o que bem entender.

**Não é pela existência de uma genitália masculina que define o gênero masculino.** Com efeito, essa apenas uma característica masculina, que não prevalece quando se está diante de uma pessoa transgênero. Além disso, **é necessário ver essa questão com os olhos voltados mais para o indivíduo e sua dignidade do que para o meio social. Veja-se que, sexualmente, desde a sua condição íntima até do ponto de vista público e social, NATALY não aparecerá como homem, mas como mulher. E, para ela, como indivíduo, também já se vê como mulher, e não como homem.**

Nesse passo, **a falta de regramento específico, em meu ponto de vista, não justifica a manutenção do “masculino” como sendo a designação do gênero da autora em seu registro civil de nascimento.** Vale a pena até tomar em consideração o próprio nome de cada um e sua importância na identificação do sexo. Certo, há alguns nomes que, quase como exceção,

são utilizados para ambos os sexos. A magistratura do Rio Grande Sul, já teve um juiz com nome de Noeli. Mas não é o comum do que costuma acontecer. Rui, Jorge, Luiz, Ricardo, são nomes que, se poderia dizer por sua própria natureza, são nomes masculinos. No ponto não pode haver dúvida: NATALY é nome eminente feminino. Enfim, **a condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente.** Por tais razões, estou dando provimento ao recurso para julgar integralmente procedente o pedido inicial.

ANTE O EXPOSTO, dou provimento ao apelo para determinar a alteração do registro civil da autora para que passe a constar “Feminino” como designativo de gênero em seu registro civil de nascimento. (*grifos nossos*)

A manifestação dos **Grupos Nuances e Igualdade**, apresentada no processo pendente de julgamento perante a Suprema Corte brasileira (ADI 4275) trouxe importante paradigma do **Tribunal Constitucional Alemão**, senão vejamos:

*Também é a compreensão do Tribunal Constitucional alemão, que declarou a inconstitucionalidade da exigência legal de transgenitalização para que uma mulher transexual tivesse o sexo civil alterado e pudesse celebrar parceria civil com outra mulher:*

*Ademais, uma lei que exigisse que transexuais passassem por cirurgia de redesignação de gênero e tornassem-se permanentemente inférteis antes que pudessem ser reconhecidos pela lei do estado civil e, conseqüentemente, celebrar urna parceria civil, não seria compatível com o direito à autodeterminação sexual e à integridade física. Requisitos legais consistentes em uma cirurgia de redesignação de gênero e esterilização constituiriam gigantescos prejuízos à integridade física, que é protegida pela Constituição. Eles envolveriam riscos consideráveis à saúde para a pessoa implicada. Tampouco, de acordo com o estado atual do conhecimento científico, a cirurgia de redesignação de gênero é sempre medicamente indicada no caso de um diagnóstico de transexualidade. O Tribunal aceita que o desejo do Estado de preservar uma compreensão de gênero que impedia homens de conceber ou mulheres de procriar crianças era um interesse legítimo do Estado. No entanto, (o Tribunal) deu maior peso aos direitos do indivíduo à autodeterminação sexual e à integridade física.*

*(Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook, Comissão Internacional de Juristas: Genebra, pp. 202/3 - tradução livre [do espanhol])*

Assim, pelas mesmas razões de ditos precedentes, entendemos dever ser deferida também a modificação do sexo jurídico (e obviamente também do prenome) da pessoa transexual independentemente da realização da cirurgia e de quaisquer laudos (psicológico, psiquiátrico etc), para integral respeito à dignidade humana da mesma. Com efeito, **o sexo não se limita a uma questão puramente genética/biológica, sendo igualmente determinado por aspectos psicológicos e sociais. É preciso combater essa verdadeira GENITALIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA perpetrada pela jurisprudência que nega o direito à retificação de registro civil à pessoa transexual/travesti não-operada, jurisprudência esta que afirma que uma pessoa só teria adequado seu sexo ao outro após extirpar sua genitália. Não se pode afirmar a genitália como elemento preponderante na definição do sexo da pessoa, já que o**

**preponderante é o sexo psicológico e social, ou seja, a forma como a pessoa se compreende e é conhecida socialmente.**

Dessa forma, “*considerando que o direito à personalidade da pessoa humana não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas a um conjunto de fatores biológicos, sociais e culturais, como sustenta o ilustre Desembargador Rui Portanova no acórdão supra referido, deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica” (TJRS, Apelação Cível n.º 70019900513, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda, julgada em 13/12/2007).*

No mesmo sentido, os julgados dos **Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais e Goiás**, supra citados (no item 3.2 desta peça), aos quais se remetem Vossas Excelências.

Reitere-se, Excelências: **NÃO SE PODE GENITALIZAR A PESSOA HUMANA**, o que significa que não se pode colocar a existência de uma genitália ou de determinados *genes* como “indispensável” para a definição de sua **identidade pessoal, sexual e de gênero**, tendo em vista que a **identidade de gênero** depende pura e simplesmente da forma como a pessoa se identifica e é identificada na sociedade relativamente ao **gênero** que assume e vivencia como seu, sob pena de preconceito constitucionalmente e convencionalmente vedado (pela proibição de preconceitos e discriminações de quaisquer espécies e, portanto, também aqueles motivados na **identidade de gênero transgênera**). Até porque a **identidade (pessoal, sexual e de gênero)** se constitui como um dos **direitos da personalidade, que por sua vez se caracterizam como concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana** (neste caso, na proibição de se menosprezar determinadas pessoas, de identidade transgênera, relativamente a outras, não-transgêneras). Para uma compreensão contemporânea das *identidades trans*, vide o posicionamento do **Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo**<sup>93</sup>, supra transcrito.

Portanto, **a retificação do prenome e do sexo jurídico das pessoas transexuais e travestis independentemente de cirurgia de transgenitalização e de quaisquer laudos decorre da sua caracterização enquanto pessoa transexual/travesti e, portanto, de seu sexo psicológico ser dissonante de seu sexo físico e de se identificar e ser reconhecida socialmente como pessoa de identidade de gênero transgênera, ou seja, identificar-se com o gênero socialmente atribuído ao sexo oposto ao seu sexo biológico, sendo que sexo é um conceito multifatorial que não se limita apenas ao sexo biológico e/ou à genitália da pessoa (temos que acabar com essa genitalização da pessoa humana), ao passo que, repita-se, “deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica” (TJRS, Apelação Cível n.º 70019900513, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda, julgada em 13/12/2007), pois, consoante a precisa lição de **Maria Berenice Dias**<sup>94</sup>, “*a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais*”.**

<sup>93</sup> Cf. [http://www.crpsp.org.br/portal/midia/fiquedeolho\\_ver.aspx?id=365](http://www.crpsp.org.br/portal/midia/fiquedeolho_ver.aspx?id=365) (acesso inicial: 26/04/12)

<sup>94</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

Afigura-se **cruel** condicionar a mudança de prenome e sexo jurídico das pessoas travestis e transexuais à realização de uma cirurgia altamente invasiva... até porque, muitas vezes, elas não têm condições de realizá-la imediatamente, já que há uma fila de muitos anos (**DÉCADAS**) no SUS demora para realizá-la e ela ser caríssima (já se ouviu falar em *quarenta mil* reais) na iniciativa privada – são poucos os hospitais que realizam a cirurgia de transgenitalização, ainda mais na rede pública, sendo cobrados valores milionários na rede privada... **Sem falar que a identidade pessoal (sexual e de gênero) de um ser eminentemente social como o ser humano não poder ser condicionada à sua biologia ou a um procedimento cirúrgico que não é determinante para a autoidentificação da pessoa em termos de sua identidade de gênero. Ora, se a pessoa se identifica como mulher, é reconhecida como mulher e é tratada como mulher e pessoa de prenome feminino, a Justiça deve reconhecê-la como mulher e deferir a mudança de seu prenome e sexo jurídico (e vice-versa para os *homens trans*, as “mulheres biológicas” que se entendem como homens).** O ser humano não é apenas um *animal político* – se o é, é porque é um *ser eminentemente social (e afetivo)*. Daí não se poder genitalizar a pessoa humana ao ponto de exigir-se que ela realize cirurgia de transgenitalização para que possa ter seu direito à identidade pessoal e sexual respeitado.

Lembre-se da precisa lição de **Maria Berenice Dias**<sup>95</sup>: “*a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais*”. Continua a autora<sup>96</sup>:

*Como o procedimento de redesignação é longo e poucos são os hospitais habilitados a realizá-lo, o que impõe significativo tempo de espera, tem sido autorizada a alteração do nome de transexuais mesmo que não tenha sido realizada a cirurgia de transgenitalização. [...] a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais. [...] Deste modo, não há como exigir que todo transexual seja submetido à completa cirurgia de transgenitalização para só então obter a alteração de seu registro civil. O principal mal-entendido entre o Judiciário e a Medicina é que a ‘cura para o transexualismo’ não se dá com a cirurgia de alteração do sexo. Como se trata de distúrbio de personalidade, não desaparece com a genitália removida. Esta é somente parte do tratamento de redesignação sexual. Destarte, a cirurgia não pode ser um critério para a alteração do registro civil. Ela é consequência da vontade, advinda da experiência pessoal de cada transexual, do nível do conhecimento do médico, da disposição em enfrentar uma cirurgia arriscada, enfim, de fatores de ordem pessoal e tecnológica, que não pode ser um limitador à obtenção da tutela jurídica, sob pena de afrontar-se o direito à saúde. Mister assegurar ao transexual o direito à identidade real, qual seja a identidade vivida, que corresponde a suas emoções, à sua maneira de encarar o mundo, a seus projetos futuros. Esta é a identidade que merece ser reconhecida e protegida pelo Estado, respeitando-se a liberdade de remover ou não seus órgãos genitais. É o que sustenta Maria Celina Bodin de Moraes: Considerando prevaletente o interesse privado, o resultado será único: a indicação no registro deverá ser compatível com a do sexo de aparência da pessoa, isto é, o de ‘sua escolha’. Aqui, a vontade individual será novamente merecedora de privilegiada tutela, a partir do momento em que se passou a considerar a noção de saúde como o bem-estar psicofísico e se entendeu ser a síndrome transexual uma grave disfunção psicofísica. Deste modo, não há como o Judiciário,*

<sup>95</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 187-189.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 187-189.

*em claro confronto com o direito à saúde, com a dignidade da pessoa humana, com o direito à intimidade e à promoção do bem comum, exigir que transexuais se submetam à cirurgia para só então admitir a alteração de sua identidade sexual. [...] Cabe atentar que travestis, do mesmo modo, não se submetem às cirurgias de redesignação genital. Nem por isso deixam de ter a identidade social feminina, ainda que mantendo íntegros e ativos os seus órgãos sexuais. O jeito tem sido buscar a substituição para adequá-los a apelidos públicos. É gaúcha a primeira sentença que admitiu a troca do nome de uma travesti, sem, no entanto, deferir o pedido de alteração da identidade sexual [Proc. 001/1.09.0240035-9, j. 30/11/2010, Juiz de Direito Antonio C.A. Nascimento e Silva].*

A despeito do enfoque ainda patologizante da transexualidade (invocado por assim ser, descabidamente, considerado pela Organização Mundial de Saúde), a lição supra transcrita bem resolve a problemática em questão.

Aliás, vejamos posição mais recente da Autora (**Maria Berenice Dias**<sup>97</sup>), na última edição de sua clássica obra, que agora tem novo título:

*É alegado que o princípio da imutabilidade relativa do nome não chancela qualquer pretensão à mudança. Mas o tradicional princípio da indisponibilidade do estado das pessoas não pode ser um obstáculo à mudança do sexo no registro civil. Não se trata de desestruturar o sistema, mas de adequar a complexidade da ordem jurídica à complexidade da ordem natural. Assim, há que se atenuar certas exigências legais. A própria Lei dos Registros Públicos diz que o prenome é definitivo, mas pode ser substituído. Igualmente é admitida sua alteração, a pedido do interessado, contanto que não prejudique o sobrenome da família.*

*Na busca da alteração, cabe ser invocado o art. 6º da Constituição Federal, que, entre os direitos sociais, assegura o direito à saúde, encargo que é imposto ao próprio Estado. Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS: Saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social. A falta de identidade do transexual provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar físico, nem psíquico e nem social. Assim, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negativa de modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos.*

*Nenhuma justificativa serve para negar a mudança, não se fazendo necessária sequer alteração de dispositivos legais para chancelar a pretensão. Os direitos de personalidade são direitos subjetivos num duplo sentido. Além de pertencerem a cada pessoa, também são direitos cujo conteúdo e respeito dependem, de maneira importante, da vontade individual. Cabe a cada um definir sua personalidade. Imposta do exterior, a noção de personalidade perde seu sentido.*

*É mesmo paradoxal que a plasticidade do corpo, que enfrenta várias intervenções cirúrgicas profundas e arriscadas, seja maior que a plasticidade do nome, convenção formal. É mais fácil mudar toda a estrutura corporal de um sujeito, para emprestar-lhe contornos femininos ou masculinos, que simplesmente mudar seu nome, que está vinculado ao gênero, não ao sexo.*

**O nome registral do cidadão trans não remete à sua identidade, mas justamente afronta-a.** A despeito de sua expressão de gênero, de sua vestimenta, a despeito das intervenções cirúrgicas,

---

<sup>97</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**, 6ª Edição reformulada da obra *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 280-281. Grifos nossos.

*a falta de um nome correspondente ao gênero sujeita transexuais e travestis a ter sua identidade constantemente revelada e violada, a ser humilhado e tratado pelo sexo que não o identifica.*

*Além disso, há de ser respeitado o direito das pessoas trans a não realizarem as cirurgias de redesignação sexual. No entanto, a tendência da jurisprudência é negar a alteração do sexo quando não houve mudança dos órgãos sexuais. Claramente trata-se de uma afronta da Justiça ao direito à identidade, à intimidade, à privacidade de quem quer simplesmente adequar-se à sua identidade social sem violar sua integridade física. Obrigar alguém a submeter-se a uma cirurgia para garantir-lhe o direito à identidade, além de violar o direito à liberdade de quem não quer se submeter a delicado e arriscado procedimento cirúrgico, viola o próprio dever do Estado de proteger seus cidadãos.*

Vejamos ainda **sentença** proferida em 21.05.2013, do Ilustre Juízo da 06ª Vara das Famílias e Sucessões do Forum Regional de Santo Amaro – Comarca de São Paulo/SP (Exmo. Sr. Dr. Fábio Eduardo Basso, Juiz de Direito), processo no qual o signatário foi o advogado e que acolheu a principiologia constitucional (e, conseqüentemente, convencional) ali apresenta (como se vê na síntese, supra), senão vejamos:

*[...] E a pretensão é procedente em toda a extensão.*

*A espécie traz à tona uma **angústia inimaginável para a maioria de nós e um ato de coragem para poucos.** A demandante se vê, mostra e vive como mulher, porém nasceu em corpo ou com corpo de homem e como tal fora civilmente registrada. Com toda razão quer corrigir isso. O caso, portanto, confere à Jurisdição um dos seus maiores significados, como meio, instrumento não só da paz social, mas também individual, à redenção e sossego do espírito, do psiquismo da pessoa humana. Dá a oportunidade ao Direito de prestar o mais adequado serviço e de melhor cumprir o seu papel. Desafia a Lei a enxergar a pessoa para além do óbvio esperado e do habitualmente aceito, ou seja e para a hipótese, além das características físicas e biológicas do nascimento, cobertas ou expostas, impondo se encontre espaço, lugar e proteção ao ser real; o motivo principal de existir (Direito), escrito ou não escrito.*

*A requerente, aos olhos do público e já há algum tempo, **exibe formas e atributos femininos (fls. 93 e 10/19).** E como mulher é reconhecida e tratada no ambiente íntimo, privado, profissional e social (fls. 53/58, 120/127 e 129/130). Ainda se dedica para diminuir a distância que há entre o corpo original e o seu eu verdadeiro. Até o instante, fez o que lhe pareceu seguro e o que lhe faz sentir bem e mais reconfortada; no fim, aquilo que ela e coletividade esperam por se afirmar mulher (fls. 51/52, 82/85 e 8). [...] Nesse cenário e mesmo com todos os passos dados para uma aparência mais feminina, se poderia cogitar que o acolhimento do aqui pleiteado nada resolveria. Pior. Talvez viesse a acentuar a delicada situação experimentada, pois jamais faria de P. uma legítima mulher. Então, para alguns, a cirurgia de reatribuição sexual se apresentaria indispensável à mudança sonhada, ao proporcionar uma melhor adequação corpo e mente da pessoa transexual, evitando inconvenientes no relacionamento íntimo e social, e até mesmo convencendo - no campo da pura especulação - que (mais) definitivo o seu propósito, e, com isso, menos ariscado e movediço o palco da decisão judicial, e menores as chances de erro e precipitação na sentença positiva. Na realidade, ao **não se sensibilizar com o drama vivenciado, logo, ao se optar por deixar de compreender a importância do indivíduo se encontrar neste plano e existência, não se conseguirá perceber o devido sentido na postulação da requerente, e particularmente como disposta.** Acontece que,*

**na dicotomia do gênero, do sexo, em que tolerados apenas os modelos masculino e feminino, e à necessidade de classificação, como resultado de nossa estrutura social, inegavelmente P. é uma mulher.** Assim se reconhece, como também os especialistas. Expõe ela “um sentimento constante e duradouro de pertencimento ao sexo feminino e rejeição aos seus órgãos sexuais” (fl. 90), que não se pode tentar esconder ou deixar de aceitar. De fato, **o estado sexual resulta da conjugação de aspectos físicos, biológicos, psíquicos e comportamentais da pessoa humana. Porém, despropositado e ilegal, admitir pertencer ao sexo feminino apenas alguém dotado de órgão sexual feminino,** ou melhor, que não estivesse a ostentar uma genitália tipicamente masculina. E a ideia não é difícil de acatar. Nós humanos, considerada uma estrutura física padrão e mesmo que influenciada por fortes elos genéticos, não somos exata e fisicamente iguais. Ainda assim, quantos de nós nascemos ou adquirimos e vivemos com alguma imperfeição em nossos corpos ou deformidade, de maior ou menor grau, passível ou não de reparo, a nos afastar do modelo, do estereótipo e acentuar nossas diferenças (físicas), mas sem abalar nossa qualidade e a genuína identidade. [...] **A requerente, portanto, deve ser tida e registrada como mulher.** E a respeito do receio da requerente voltar atrás - futuramente pleitear o retorno ao sexo masculino, compatível com a genitália que preserva - de todo improvável, pela nobreza e firmeza da pretensão posta e a precisão do diagnóstico médico e psicológico para o transexualismo. Entretanto, uma vez que abstratamente um risco decorrente da complexa natureza humana, se porventura ocorrer, deverá ser esse arrependimento examinado com cuidado, sem espanto e censura.

Por fim, a invocação, por outros, do princípio da veracidade, da autenticidade dos Registros Públicos (art. 1º, da Lei nº 6.015/73), como obstáculo permanente à modificação do sexo civil da requerente (fls. 137/138) - e até do transexual redesignado -, ao que parece, não conferiria o tratamento justo à questão. Primeiro porque, **ao se fazer repercutir no registro de nascimento de P. a sua identidade sexual real, ou seja, o estado sexual feminino, se estaria a contribuir, em última análise, com o estabelecimento da verdade.** Atente-se: malgrado o parecer especializado somente na fase adulta, ao que se constatou, desde muito cedo (tenra idade), a requerente se percebia como do gênero feminino (fls. 51 e 89). Depois e à luz de todo o argumentando e abaixo fundamentado nesta sentença, impensável que normas atinentes aos Registros Públicos, ainda que escoradas no direito fundamental à segurança (art. 5º, caput, da CF), posam servir para se contrapor e se sobrepor - ao invés de com elas se conciliar - a outras normas, constitucionais e infraconstitucionais, em vigor para a realização, a libertação, o equilíbrio e a paz do indivíduo, e - destaque-se - sem importar em efetivo sacrifício a direito de terceiro ou da sociedade. A predominância do que leva à descoberta do ser real e sua valorização é indisfarçável, como também a possibilidade de harmonização de todas essas normas, empurradas ao conflito.

**Em resumo, a realidade biológica não merece prevalecer sobre as realidades psicológica e social. O sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa.** E a tanto alicerçam:

- o princípio fundamental da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da CF), a dar solução aos temas do **interesse existencial humano, eliminando o sofrimento íntimo e familiar e o constrangimento público de P., e assegurando a ela o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual;**

- o objetivo fundamental da **promoção do bem estar de todos** (art. 3º, IV, da CF), combatendo todas as formas de discriminação e **facilitando, ao máximo, a realização do indivíduo e de suas aspirações**;

- o direito social fundamental à **saúde** (art. 6º, da CF), entendido como o direito da pessoa ao bem estar físico, psíquico e social;

- o direito fundamental à **liberdade** (art. 5º, caput, da CF), numa expressão superlativa, de garantir ao indivíduo a liberdade de ser e seguir o seu destino. E, sem mácula às restrições fixadas em lei (arts. 13 e 14, do CC, a exemplo), o direito ao próprio corpo, exercitado e concretizado, na espécie, pela decisão da requerente em não se submeter por enquanto à cirurgia de transgenitalização;

- o direito à preservação e ao respeito da **intimidade** e da **vida privada** da requerente (art. 5º, X, da CF e art. 21, do CC);

E como outros **direitos da personalidade** (art. 10, do CC):

- o **direito à identidade pessoal**, a abranger a **identidade sexual correta**, compreendida, sem desvios, como a identificação do **estado sexual real**, por conseguinte, o privilégio para a correspondência entre o sexo civil e o sexo desejado e concretamente vivenciado; e

- o **direito ao nome** compatível, não só para a própria, mais exata e autêntica identificação, mas também no atendimento do desejo da coletividade de não confundir os membros em sociedade; valorizando o que público e notório (art. 58, da Lei nº 6.015, de 1973), e o que fará cessar os constrangimentos ocasionados pela desconformidade da aparência física atual e psíquica da requerente e a sua documentação civil.

Para a execução do resolvido nesta sentença se expedirá **mandado à retificação do prenome e do estado sexual da requerente, sem a manutenção dos elementos anteriores e sem que nenhuma observação sobre a origem do ato venha constar nas certidões do registro**, na linha do que consagrado no art. 47, § 4º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), à vista do paralelo possível de representação com o instituto da adoção.

**A retificação deferida, ao ajustar o nome e a identidade sexual de P. ao gênero do qual sempre fez parte, caracterizaria legítimo renascimento civil (em menores proporções que na adoção). E da essência desse ato e resultado lógico, que o ser renovado venha tomar o lugar do sujeito de direito anterior, sem implicar, entretanto, em imunidade, isenção ou absolvição à requerente nas responsabilidades jurídicas e sociais (civis ou criminais) pelos atos praticados, pelos negócios por ela celebrados, concluídos ou não, assim como pelas ações judiciais nas quais litiga (certidões de fls. 59/60). Em verdade, não caberia maior preocupação com a providência. Ao lado do cuidado adotado, com as comunicações que serão feitas por solicitação da própria demandante (fl. 45), nada de concreto sinalizada ou impõe presumir, e a conseqüentemente alimentar e robustecer o interesse público, como razão para solução diversa da ora comandada (preservação do prenome e do sexo civil anteriores e anotação de ser proveniente a mudança de decisão judicial), que a correção, nos moldes ordenados, resulte em prejuízo ou seja capaz de gerar embaraço e perplexidade, a ponto de inviabilizar direito de terceiro. Aqueles com quem juridicamente se relacionou P., incluído o Estado, não enfrentarão sérios ou intransponíveis percalços para vinculá-la a qualquer obrigação e responsabilizá-la.**

*Posto isto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da presente ação, para a retificação do assento de nascimento da requerente, alterando o prenome composto masculino pelo feminino [...], bem como substituindo o sexo de masculino para sexo feminino. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Registro Civil competente (fl. 92), e, como postulado, oficie-se ao Ministério da Fazenda, ao IRGD e aos juízos onde tramitam as duas ações informadas, noticiando a adequação da identidade da requerente (fls. 45 e 59/60). Custas na forma da lei. P.R.I. (Processo n.º 002407-56.2012.8.26.002, 06ª Vara das Famílias e Sucessões do Forum Regional de Santo Amaro – Comarca de São Paulo/SP, Juiz: Exmo. Sr. Dr. Fábio Eduardo Basso, proferida em 21.05.2013. Grifos nossos, omitido apenas o prenome da autora, em razão do processo ter tramitado em segredo de justiça)*

Com efeito, as pessoas transexuais e travestis têm o direito à retificação de seu registro civil (prenome e sexo) por força de seus direitos da personalidade, a saber, os **direitos à identidade pessoal (que abrange a identidade sexual), à própria imagem, ao próprio corpo e ao respeito à honra**. Afinal, a **identidade pessoal** e a **imagem** das pessoas travestis e transexuais restam evidentemente abaladas com a discordância de seu registro civil com sua aparência (já travestida como de sexo distinto de seu sexo biológico) e com seu sexo psíquico, independentemente de realização de cirurgia, o que causa uma afronta a seu direito ao respeito à sua **honra** pelos constrangimentos e humilhações que passa por força de ter documentos que lhe identificam com um sexo que não é aquele com o qual ele se apresenta no meio social. Da mesma forma, considerando o **direito da pessoa ao seu próprio corpo, a adequá-lo à sua real identidade (relativa a seu sexo psíquico), também aqui justifica-se a retificação de seu registro civil independentemente de cirurgia e de quaisquer laudos.**

Lembre-se, ainda, que **travestis e transexuais não renunciam ao próprio corpo e/ou ao seu prenome**: ao contrário, **querem adequá-los ao seu sexo psíquico, à sua identidade de gênero, em respeito à sua imagem, honra e vida privada**, assim como à sua **saúde mental e social** (que são direitos da personalidade), ante o conflito que sofre com a dissociação de seu sexo físico com seu sexo psíquico, assim como pelos fortes constrangimentos que sofre por tal circunstância. Não é outra a lição de **Tereza Rodrigues Vieira**<sup>98</sup>, senão vejamos:

*O **direito à identidade pessoal** é também lembrado ao se fazer referência a neurodiscordância de gênero. Segundo **Rubens Limongi França**, ‘é o direito que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é, e de não ser confundida com outrem’. Consoante este saudoso doutrinador, é preciso não haver dúvida sobre a própria identidade, para que o sujeito de um direito possa exercê-lo de modo pacífico e seguro. [...] O indivíduo deve ver respeitado o seu **direito à própria imagem ideal, segundo os valores que crê**. Essa **identidade interior** é constituída por um conjunto de traços que se misturam e se sobrepõem entre si. **Indubitavelmente, o sexo constitui um dos caracteres da identidade pessoal**. A doutrina discute a possibilidade de se conceber o **direito à identidade sexual**. Para alguns, a transexualidade se enquadra perfeitamente na possibilidade de **disposição de próprio corpo**. No entender de outros, principalmente doutrinadores italianos, pode-se falar no **direito da pessoa ao sexo real**, por ser este um componente imprescindível da pessoa. (grifos nossos)*

---

<sup>98</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. **NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 227.

## **5.2. Irradiação dos Princípios e Direitos Humanos na Interpretação do Ordenamento Jurídico.**

A questão da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em geral na interpretação dos textos normativos vigentes no país (especialmente os infraconstitucionais) e o papel dos princípios no ordenamento jurídico são objeto de acurado estudo na doutrina desde a superação da concepção segundo a qual os princípios não se constituiriam como normas jurídicas, mas como meras diretivas não-vinculantes ao legislador. Atualmente, a Constituição é entendida como um sistema aberto de regras e princípios<sup>99</sup>, espécie do gênero *norma jurídica*, o mesmo valendo para a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, é oportuno demonstrar a função dos princípios no ordenamento jurídico, pois ela é fundamental para a correta compreensão do tema aqui estudado.

Filiando-se à doutrina majoritária que nega a existência de hierarquia abstrata das normas constitucionais entre si, (o agora Ministro da Suprema Corte brasileira) **Luís Roberto Barroso** afirma que os princípios constitucionais possuem uma *hierarquia axiológica* sobre as regras constitucionais, o que significa a qualificação dos princípios como *condicionantes da interpretação* dos demais dispositivos constitucionais, de sorte a dar unidade e coerência à nossa Lei Fundamental nos casos de tensões entre dois dispositivos constitucionais – ou seja, afirma o constitucionalista que os princípios condicionam a interpretação das demais normas constitucionais, no sentido de que as regras devem ser interpretadas obrigatoriamente em consonância com os princípios, justamente por serem eles axiologicamente superiores às regras<sup>100</sup>. Assim, mesmo sem defender uma hierarquia formal dos princípios sobre as regras, afirma o autor que nas hipóteses de tensões entre uma regra e um princípio, a regra deverá ser interpretada em consonância com o princípio respectivo, por serem os princípios os dispositivos que dão o sentido axiológico ao sistema jurídico. Ou seja, em atenção ao princípio da unidade da Constituição, deve-se realizar uma ponderação dos valores em jogo para que o “conflito aparente” em questão seja realmente só “aparente”, e não “real”, sendo dita ponderação a única forma de se evitar um choque entre normas constitucionais originárias. *E o mesmo pode ser aplicado na interpretação das normas convencionais de direitos humanos.*

Essas considerações se fazem pertinentes porque **a interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem-estar de todos, aliados aos direitos humanos à saúde, à liberdade, à intimidade e à privacidade demandam pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da alteração do *sexo jurídico* de travestis e transexuais, independentemente da realização de cirurgia e de quaisquer laudos.**

O **princípio da dignidade da pessoa humana** significa que todas as pessoas merecem tratamento igualmente digno pelo simples fato de serem pessoas humanas. Afinal, na lição de **Kant**, o ser humano é um fim em si mesmo e não um meio para a consecução de

---

<sup>99</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1159-1187 (em especial pp. 1159-1164).

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª Edição, 2006, 3ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, pp. 202-203.

quaisquer fins arbitrários, visto que o ser humano não tem preço, mas uma *dignidade*<sup>101</sup>. Por outro lado, os **princípios da igualdade e da proporcionalidade** devem ser os nortes utilizados quando da decisão sobre qual dignidade humana deve prevalecer no caso de confronto direto que as lides concretas podem trazer ao juiz. Isto porque um dos critérios para que a *discriminação constitucionalmente válida* é a existência de um motivo lógico-racional que justifique a diferenciação pretendida em face do critério desigualador erigido, o que visa evitar a desproporcionalidade da restrição a todo e qualquer direito<sup>102</sup>. Mas o cerne do entendimento aqui esposado é o seguinte: *a dignidade humana constitucionalmente consagrada garante a todos o direito à felicidade*, na medida em que a realidade empírica demonstra que a própria existência humana destina-se a evitar o sofrimento e a buscar aquilo que acreditamos nos trará a felicidade, pois, parafraseando **Luiz Alberto David Araujo**, a própria noção de contrato social implica na compreensão de que este pacto coletivo só é aceito pelas pessoas em geral por estas acreditarem que a vida em sociedade, com todos os seus ônus e benefícios, propiciará maiores condições de se alcançar a felicidade do que a vida de forma isolada<sup>103</sup> - sendo que a paradigmática obra do autor, um verdadeiro *tratado sobre o direito à felicidade*, demonstra que a mudança de nome e sexo de transexuais é uma concretização de tal direito a essas pessoas (o mesmo valendo, acrescentamos, para o caso das pessoas travestis, tudo independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização).

No presente caso, **negar a retificação do prenome e sexo jurídico da pessoa transexual/travesti no registro civil nega a sua dignidade humana enquanto pessoa transexual/travesti**, na medida em que isto nega a qualidade de fim em si mesmo a ela, utilizando-a como meios para se manter a ideologia social de que não seria admissível a referida mudança de prenome e sexo jurídico por conta de seu sexo biológico, sem nada considerar sobre seu sexo psicológico e social.

**Nem se alegue a existência de prejuízos a terceiros porque estes não existem.** Na seara dos esportes, o que importa é a questão hormonal, facilmente aferível mediante os testes respectivos. No que tange ao casamento civil, a omissão da pessoa transexual em informar sua condição transexual pós-operatória tem obtido resposta na doutrina pelo fundamento da anulabilidade do casamento civil por erro essencial quanto à identidade do outro cônjuge, que argumenta que *“A cirurgia de adequação ao sexo psicológico não tem o poder de fazer o operado desaparecer como um heterônimo. Não houve morte real, continua o indivíduo a ser sujeito de direitos e obrigações”*, donde essa linha doutrinária acredita *“que os direitos de transexuais e de terceiros estariam muito mais explicitamente assegurados, se apenas no livro do Cartório do Registro Civil constar a averbação ocorrida”*, embora seja de destacar a retificação não deve constar em nenhum outro documento (RG, CPF, Carteira de Trabalho etc), mas no livro de registro civil na pessoa, sendo disponibilizada apenas a pedido da autoridade competente e mediante

---

<sup>101</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**, Tradução: Leopoldo Holzbach, 1ª Edição, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, pp. 58-59 e 65.

<sup>102</sup> Esta parece ser a posição de SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 6ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 137, quando afirma que a própria dignidade parece admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção de terceiros, o que se afere, a seu ver, pelo princípio isonômico.

<sup>103</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 74.

demonstração do interesse jurídico e da necessidade da providência<sup>104</sup> – como o oficial do registro civil no processo de habilitação de casamento civil<sup>105</sup>.

Como dito pelos **Grupos Nuances e Igualdade** em sua manifestação no processo pendente de julgamento perante a Suprema Corte brasileira *desde 2009* (ADI 4275) (pp. 40-41 da manifestação, ora anexada):

*Alguém assumir sua transexualidade e desejar que seus registros públicos sejam alterados para não ser confundido com pessoa do sexo ao qual não pertence psicologicamente e socialmente não tira de ninguém igual direito. Logo, o exercício dessa liberdade não é incompatível com a liberdade alheia de também viver sua vida como bem entender. Não limita igual liberdade de outros cidadãos.*

[...]

*Como se vê, no caso da ADPF 132 esse Supremo Tribunal entendeu que é proibido discriminar as pessoas sexualmente porque a sexualidade ("empírico uso da sexualidade" disse o Tribunal) faz parte da autonomia mesma dos seres humanos. O Tribunal aqui reconhece que a discriminação pode ocorrer pelo "exercício" da sexualidade, como nos casos de pessoas transexuais, em que a diferença entre a expectativa social de que pessoas que têm pênis ou pessoas que têm vagina devem identificar-se necessariamente com os papéis sociais masculinos ou femininos. Se não ocorrer essa identificação o que fazer? Forçar a pessoa a submeter-se socialmente, ou garantir-lhe a autonomia para seu plano de vida. O Tribunal, no precedente aqui citado, optou energicamente pela autonomia das pessoas, garantida por cláusula pétrea.*

*No caso das pessoas transexuais isso significa que não havendo nenhum prejuízo para terceiros não haveria porque não lhes permitir alteração de prenome e sexo. Essa alteração em nada seria diferente da alteração que já se permite para heterossexuais. A alegação de que terceiros, como credores, seriam atingidos é tão importante nos casos de transexuais quanto de heterossexuais. Se são permitidas num caso, não há porque não permiti-las nos outros, ou mesmo não há porque dificultá-las em outro. A alteração do prenome e do sexo em nada difere da alteração do prenome de um heterossexual. Da mesma maneira que os credores podem facilmente localizar um heterossexual que tenha mudado de nome, podem localizar um transexual que tenha mudado de prenome ou mesmo de sexo [OBS destes amici curiae: afinal, o número do CPF continua o mesmo]. A situação é exatamente a mesma. Não se pode, portanto, pressupor que a mudança de prenome e sexo está sendo feita para fugir de credores, ou da lei, ou para qualquer outro fim ilícito. Da mesma maneira que não se faz essa*

---

<sup>104</sup> Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. NOME E SEXO. Mudanças no Registro Civil, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 261-263.

<sup>105</sup> Anote-se, apenas, que este não é o posicionamento do advogado signatário, pois entendemos que uma pessoa se apaixona e mantém uma relação conjugal com outra pela sua integralidade, sua personalidade, seu jeito de ser e não por conta de uma genitália biológica anteriormente renegada pelo outro. Entenda-se bem, a atração erótico-afetiva em geral se dá por pessoas de determinado sexo biológico, mas esta é apenas a regra, pois a exceção se dá justamente no caso de transexuais, os quais, apesar de não possuírem o sexo biológico que aparentam ter, eles aparentam ser daquele sexo, agem como pessoas daquele sexo e têm aparência daquele sexo pretendido pelo cônjuge enganado. Logo, se erro há, não consideramos que seja um erro essencial (mas erro sobre tema não-essencial), resolvendo-se a questão com o divórcio por (arbitrária) *insuportabilidade da vida em comum*, causa aberta e sem necessidade de explicação para fundar o vínculo matrimonial. De qualquer forma, a discussão está aberta e a tese majoritária na doutrina aparente ser a do cabimento de anulação do casamento civil por erro essencial neste caso (do que, *data venia*, discordamos pelas razões que acabamos de expor), cumprindo ao cônjuge enganado provar que se casou com a finalidade específica e primordial de ter filhos biológicos para que possa eventualmente ter êxito na sua pretensão anulatória do matrimônio civil.

presunção para o caso dos heterossexuais.

*Pelo contrário: a alteração buscada não consiste em falsificação ou fraude. Faz-se juridicamente, faz-se pelo caminho legal, porque a pessoa humana, qualquer que seja a forma como experimenta ou vivenda sua sexualidade, tem direito a ser reconhecida publicamente pelo que é. Tem direito, como decidido por essa mesma Corte, a exercitar livremente sua autonomia e sua vida privada inclusive neste âmbito que é um dos mais determinantes da própria vida pessoal e humana.*

[...]

*Apesar de não constar da cédula de identidade, deve-se lembrar que há um campo dedicado ao sexo civil no Registro de Identidade Civil (RIC), criado pela Lei n. 9.454/1997, o qual deve paulatinamente substituir o RG. Assim também o passaporte, que indica o sexo civil e implica discriminação das pessoas transexuais brasileiras relativamente às pessoas transexuais argentinas e uruguaias, no âmbito do Mercosul, ou de portuguesas. (grifos nossos)*

Anote-se, ainda, a afronta ao **direito humano à igualdade material** pela negativa de mudança do prenome e sexo jurídico das pessoas transexuais e travestis, pois tal direito demanda o tratamento desigual a situações desiguais, o que é relevante no sentido de que o princípio da imutabilidade do registro civil não se aplica a casos de transexualidade/travestilidade porque foi imaginado para a generalidade das pessoas, que não são transexuais/travestis, que se encontram em situação desigual às pessoas em geral no que tange à sua identidade pessoal (dissonante de seu sexo psíquico), donde deve a elas ser permitida a retificação de seu registro civil para adequá-lo a sua realidade psicológica e social, de sorte a evitar que sejam expostas ao ridículo, a constrangimentos e humilhações diversas por seus documentos apontarem para uma **realidade (biológica) que não se compatibiliza com sua realidade psicológica e social** – “É meio de assegurar-lhe a dignidade, a liberdade, a integridade física e moral, a igualdade, pelo reconhecimento da sua diferença, através de conformação pessoal e única. De fato, também possui direito individual à identidade a pessoa que não corresponde à representação tradicional” (TJRS, Apelação Cível n.º 70022504849, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Rui Portanova, julgada em 16/04/2009<sup>106</sup>), donde “a identidade do transexual deve ser reconhecida perante o Estado, permitindo-se a retificação do registro civil, independentemente da realização da cirurgia, a fim de que a pessoa possa gozar de seus direitos como homem ou mulher, com dignidade, sem discriminação de qualquer espécie” (idem);

Dessa forma, negar a retificação do registro civil das pessoas transgêneras implica afronta ao à vedação constitucional e convencional a discriminações de qualquer natureza, na medida em que não respeitar o *nome social/apelido público notório* da pessoa transexual implica em **discriminação à identidade de gênero** da pessoa trans, que se identifica com o sexo oposto ao seu sexo biológico e, portanto, tem o direito de ser identificada por um prenome (em sua documentação) compatível com sua identidade de gênero.

No mesmo sentido, negar a retificação do registro civil das pessoas transgêneras implica afronta ao **princípio da promoção ao bem-estar de todos**, que traz o dever estatal de garantir a todas as pessoas as melhores condições possíveis para que possam viver suas

---

<sup>106</sup> O trecho transcrito foi usado para justificar a cirurgia de transgenitalização no acórdão citado, mas se aplica com perfeição também ao caso da pessoa transexual que não quer ser operada ou não pode ser operada por motivos de saúde.

vidas sem constrangimentos e humilhações e **para que tenham condições de buscar a felicidade**, o que evidentemente também se aplica a transexuais, donde deve o Estado permitir a retificação do sexo jurídico das pessoas transexuais e travestis, **independentemente de realização da cirurgia**, pois o direito à identidade pessoal (sexual e de gênero) não pode depender de intervenções médicas a quem a elas não deseja se realizar.

Afinal, “A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos<sup>107</sup> autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social” (TJRS, Apelação Cível n.º 70030504070, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Rui Portanova, j. 29/10/2009).

Percebe-se, assim, que não há motivo para o não-deferimento da cirurgia de transgenitalização e da retificação do registro civil (prenome) do cidadão transexual.

Por fim, sobre a **literalidade** normativa, não há nada no artigo 58 da Lei de Registros Públicos nem em qualquer lei brasileira que impeça a exegese aqui pretendida. Ora, dito dispositivo legal se limita a afirmar que o prenome é passível de ser substituído por *apelido público notório*, ponto. Outro dispositivo permite a alteração em caso de prenomes que exponham a pessoa ao ridículo e a constrangimentos em geral, o que evidentemente é o caso de um prenome incompatível com a identidade de gênero da pessoa. Não há nada, absolutamente nada, na literalidade do texto normativo que impeça transexuais (e travestis) de retificarem seu prenome e sexo jurídico independentemente de cirurgia de transgenitalização. **Ao contrário, a literalidade normativa admite que transexuais (e travestis) que provarem ter um apelido público notório distinto de seu prenome civil possam substituir este por aquele**: não há nenhuma discriminação na literalidade normativa, e, como se sabe, segundo a melhor hermenêutica, *onde a lei não discriminou, não cabe ao intérprete discriminar* (diferenciar para negar direitos).

Sobre o argumento da “vontade do legislador”, além de a Suprema Corte brasileira não levar ela como “requisito” da interpretação conforme, como demonstrou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADPF 132/ADI 4277, citando diversos julgados desta Suprema Corte para isto referendar, o argumento é descabido porque:

(i) “a lei é mais sábia que o legislador”, o que significa que a lei se desprende do legislador quando promulgada, adquirindo vida própria e abrangendo mais situações do que as por ele previstas;

(ii) com **Dworkin**<sup>108</sup>, devemos entender que a legislação em geral, inclusive a Constituição, consagra *conceitos*, não *concepções*, no sentido de que parece óbvio que devemos

---

<sup>107</sup> Os fatos relatados na própria ementa foram os seguintes: “A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração” (TJRS, Apelação Cível n.º 70030504070, 8ª Câmara Cível., Rel. Des. Rui Portanova, j. 29/10/2009).

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, 1ª Edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, pp. 211-214.

considerar as chamadas cláusulas constitucionais “vagas” [e, por igualdade de razões, as cláusulas legais “vagas”] como representando apelos aos *conceitos* que elas empregam (igualdade, liberdade, crueldade etc), mas não à concepção que deles tiveram os redatores da Constituição, pois se aqueles que promulgaram as cláusulas gerais [“vagas”] tivessem desejado estabelecer concepções particulares, teriam se valido do tipo de linguagem que era convencionalmente usado para isso, oferecendo teorias particulares dos conceitos em questão. Logo, **irrelevante se eventualmente o legislador concreto teve uma concepção de “apelido público notório” que não abarcaria pessoas transexuais e travestis, já que o conceito positivo de apelido público notório também beneficia as pessoas transexuais.** São pura e simplesmente anacrônicos e, assim, inaceitáveis os *originalismos interpretativos*, que visam interpretar um texto normativo apenas segundo o que pensou o legislador concreto (suas concepções), algo que impediria as interpretações evolutiva construtiva do Direito, logo, a mutação constitucional/normativa. Uma teoria que, no Brasil, pelo menos desde **Carlos Maximiliano**<sup>109</sup> não poderia mais ser adotada.

Logo, plenamente possível a procedência da presente demanda mediante o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição.

## 7. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, **REQUER-SE:**

---

<sup>109</sup> É precisa a lição de MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pp. 15-27 (em especial 19-21), da qual se destaca o seguinte: “A ação do legislador é real, eficiente, porém não clara, definida, expressiva. Há o impulso inicial e necessário de um; segue-se, entretanto, a colaboração milímoda, variadíssima, de muitos, sensível, verificável, no conjunto, porém inaplicável, às vezes até imperceptível, relativamente às minúcias. Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, por duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de ideias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há o acordo aparente, resultando de profundas contradições. Bastas vezes a *redação final* resulta imprecisa, ambígua, revelando-se o produto da inelutável necessidade de transigir com exigências pequeninas a fim de conseguir a passagem da ideia principal. [...] Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. [...] O projeto peregrina pelos dois ramos do Poder Legislativo, em marchas e contramarchas, recebendo retoques de toda ordem, a ponto de o renegar afinal, espantado do aspecto definitivo da própria obra, o autor primitivo da medida. Como descobrir, naquele labirinto de ideias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante? [...] A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. [...] Logo, em última análise, a vontade do legislador é a da minoria; talvez de uma *elite* intelectual, dos competentes, que figuram nas assembleias políticas em menor número sempre, *rari nantes in gurgite vasto*. Por outro lado, não só é difícil determinar aquela intenção volitiva, como também, distingui-la do *sentido* da lei, ou ao menos mostrar quanto influi no significado de uma norma jurídica e como fora impelida pelos motivos geradores de um texto positivo. A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo [...] a letra perdura, e a vida continua; surgem novas ideias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e mais necessidade de garantia por outro, em consequência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o Direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo. [...] Eis aí a ficção: presume-se o impossível; que o legislador de decênios atrás previsse as grandes transformações até hoje operadas, e deixasse, no texto elástico, a possibilidade para abrigar no futuro direitos periclitantes, oriundos de condições novíssimas. Se fôssemos, a rigor, buscar a intenção ocasional, precípua do legislador, o encontraríamos visando horizonte estreito, um conjunto de fatos concretos bastante limitado. Quase sempre a lei tem por fundamento um abuso recente; os seus prolotores foram sugestionados por fatos isolados, nitidamente determinados, que impressionaram a opinião, embora a linguagem mantenha o tom de ideias gerais, preceito amplo. O legislador não suspeitou as múltiplas consequências lógicas que poderiam ser deduzidas de suas prescrições; não estiveram na sua vontade, nem se encontraram na sua intenção. Os tribunais apenas desenvolveram um princípio sólido, uma ideia precisa, sem embargo do pensamento gerador, primitivo, e às vezes até em possível, senão provável, divergência com este” (grifos nossos).

(i) a admissão da entidade Peticionária na qualidade de *amicus curiae*, dada especialmente sua abrangência nacional e a pertinência temática do GADvS para fins da defesa dos direitos das pessoas transexuais e travestis, com todas as prerrogativas a isto inerentes, como participação de audiências, sustentações orais etc;

(ii) a *urgência* no julgamento deste caso, em razão das inúmeras humilhações e discriminações (constrangimentos em geral) que as pessoas transexuais (e travestis) sofrem em razão de terem seus documentos de identificação civil apontando um prenome e um sexo jurídico distintos daquele que elas vivenciam e apresentam socialmente; e

(iii) seja, ao final, conhecida e julgada totalmente procedente a presente ação, para fins do reconhecimento do direito das pessoas transexuais (e travestis) retificarem seu prenome e sexo jurídico no registro civil **independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização e mesmo da apresentação de laudos psiquiátrico, psicológico e quaisquer outros, pelo direito à identidade de gênero relacionar-se à autonomia moral da pessoa, inerente à dignidade da pessoa humana, que não pode ser condicionado a cirurgias ou à autoridade médica.**

Por fim, na longínqua hipótese de ser julgada improcedente esta ação, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade, e lembrando-se que a manifestação expressa sobre as alegações jurídicas da parte é corolário do **direito fundamental ao contraditório material**, por este conceder o direito não só de se manifestar, mas de ter suas considerações levadas em consideração pelo Judiciário (cf. Gilmar Ferreira Mendes, *in* STF, RE n.º 492.783 AgR<sup>110</sup> e MS n.º 24.268<sup>111</sup>, e Lenio Luiz Streck<sup>112</sup>), requer-se o **“PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO”** (enfrentamento explícito) das **normas jurídicas supra explicitadas (princípios constitucionais) supra colocadas, especificamente quanto à argumentação relativa aos itens “i” a “vii” e nos Enunciados 42 e 43 da I Jornada de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, citados no ITEM 2, aos precedentes jurisprudenciais e ao 3º Princípio de Yogyakarta, caput e alíneas “b”, “c”, “d” e “e”, constante dos ITENS 3.2 e 5.1 desta peça.**

---

<sup>110</sup> Segundo o qual o direito fundamental ao contraditório substantivo “*não se resum[e] a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido em matéria jurídica*”.

<sup>111</sup> No qual demonstrou-se que o direito fundamental ao contraditório supõe o **direito de ver seus argumentos considerados** (“*Recht auf Berücksichtigung*”), o que faz com base na doutrina alemã de Dürig/Assmann, no sentido de que **o dever do magistrado de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento** (“*Kenntnisnahmepflicht*”), **mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas** (“*Erwägungspflicht*”), donde afirmou-se que **“O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica”** (cf. STF, MS n.º 24.268) [**o que só pode ser aferido com certeza e segurança com o enfrentamento destas razões apresentadas**], tendo em vista que, como bem demonstrado pelo Tribunal Constitucional Alemão, a pretensão à tutela jurídica (“*Anspruch auf rechtliches Gehör*”) envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o **direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar** – *in* Decisão da Corte Constitucional Alemã – BverfGE 70, 288-293.

<sup>112</sup> *In*: STRECK, Lenio Luiz. **VERDADE E CONSENSO. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 557-558.

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Termos em que,  
Pede e Espera Deferimento.  
São Paulo, 06 de dezembro de 2016.

**Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**  
**OAB/SP n.º 242.668**

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Direito Humano ao Casamento Civil Igualitário  
*AMICUS CURIAE*

**GADvS – GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL**, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) inscrita no CNPJ sob o n.º 17.309.463/0001-32, que tem como finalidades institucionais a promoção dos direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais) e o enfrentamento da homofobia e da transfobia (cf. estatuto social anexo), com sede na Rua da Abolição, n.º 167, São Paulo/SP, CEP 01319-030, por seus advogados signatários, nos autos da ação em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossas Excelências, apresentar pedido de habilitação no processo na qualidade de **AMICUS CURIAE** e manifestar-se sobre a matéria da presente ação, pelas razões a seguir deduzidas.

Inicialmente, apresenta-se um *índice* para facilitar a consulta e apreciação desta peça:

*Índice*

**1. Direito de Casais Homoafetivos ao Casamento Civil.**

**1.1. Considerações Doutrinárias.**

**1.2. A decisão da Suprema Corte brasileira sobre que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, enquadrando no regime jurídico da união estável (STF, ADPF 132 e ADI 4277, DJe de 01.10.2011).**

**1.3. Decisões judiciais que reconheceram o direito de casais homoafetivos ao casamento civil.**

**1.3.1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o direito ao casamento civil homoafetivo (STJ, REsp 1.183.378/RS, DJe de 01.02.2012).**

**1.4. A Resolução do Conselho Nacional de Justiça brasileiro que impôs o respeito ao direito ao casamento civil homoafetivo.**

**1.5. Conclusão**

Passemos, assim, a analisar o tema objeto do presente caso.

**1. Direito de Casais Homoafetivos ao Casamento Civil.**

**1.1. Considerações Doutrinárias.<sup>1</sup>**

O casamento civil homoafetivo é um pedido juridicamente possível à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos na medida em que inexistente dispositivo convencional expresso que o proíba. Além disso, é necessária por uma interpretação sistemática do Direito, visto ser a união amorosa formada por pessoas do mesmo gênero (união homoafetiva) idêntica ou, no mínimo, análoga à união heteroafetiva, o que demanda por um tratamento jurídico igualitário de acordo com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, direitos humanos eficácia plena (que independem de intermediação legislativa para produzirem efeitos). A ausência de menção legislativa

---

<sup>1</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, capítulo 6, itens 3 e 7 (aqui ampliados na questão específica da “doutrina da igual proteção das leis”).

expressa que o permita é irrelevante, em razão do princípio da igualdade (doutrina da igual proteção das leis) demandar pela não-discriminação de acesso ao casamento civil.

Entendendo-se que a união homoafetiva é idêntica à heteroafetiva, como entende este *amicus*, deve ser aplicada a interpretação extensiva para permiti-lo, tendo em vista que a situação (casamento civil) encontra-se devidamente regulamentada e permitida a todos. Por outro lado, entendendo-se ser ela diferente da união heteroafetiva pelo simples fato de termos, em um caso, duas pessoas de gêneros diversos e, em outro, duas pessoas do mesmo gênero (com o que não se concorda), deve-se reconhecer que se trata de duas situações idênticas no essencial, pois ambas são fundadas no *amor conjugal que visa a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura*, sentimento este que é o elemento formador da família contemporânea (*amor familiar*). Sendo evidente que a lei do casamento civil visa proteger a *família conjugal*, donde ela também deve ser aplicada para resguardar a família conjugal homoafetiva. Afinal, ela é muito mais próxima da união matrimonializada (*affectio maritalis*) do que da “sociedade de fato” (*affectio societatis*), devendo ser aplicada analogia com aquela e não com esta.

Com efeito, encontrando-se a **proibição do arbítrio (da irracionalidade)** o núcleo do princípio da igualdade (da doutrina da igual proteção das leis), tem-se que ele(a) demanda pela interpretação sistemática da Convenção Americana de Direitos Humanos que reconheça o direito de acesso ao casamento civil por casais homoafetivos. Isso pela ausência de motivação lógico-racional que justifique a necessidade da discriminação dos casais homoafetivos em relação aos heteroafetivos quando considerado o critério diferenciador erigido, que é a homogeneidade de sexos/gêneros em um caso e diversidade de sexos/gêneros em outro, caracterizadora da orientação sexual do par. Disso resulta que falha a discriminação contra casais homoafetivos no mais singelo dos testes da doutrina da igual proteção, a saber, o *teste da relação racional* (“rational relationship test”), tendo em vista que, notoriamente, a proibição do casamento civil entre pessoas do mesmo gênero não beneficia em nada eventual interesse estatal em proteger as “famílias tradicionais” (heteroafetivas). Seja pela ausência de quaisquer indícios concretos (abstraidos estereótipos discriminatórios) que denotem qualquer prejuízo à sociedade pela existência e reconhecimento da igual dignidade de casais homoafetivos relativamente a heteroafetivos, seja especialmente pela profunda arbitrariedade da discriminação de famílias conjugais homoafetivas relativamente às heteroafetivas. Ao contrário do que usualmente se alega (sem nenhuma prova ou indício concreto, mas por mera elucubração arbitrária), tal discriminação não tem efeito positivo nenhum na criação e duração das famílias conjugais heteroafetivas, não incentiva a procriação de forma alguma e sua existência não prejudica estas em absolutamente nada.

Por outro lado, aquela interpretação proibitiva do casamento civil homoafetivo é, evidentemente, discriminatória, pois visa garantir aos casais homoafetivos menos direitos do que aqueles conferidos aos casais heteroafetivos, tendo em vista que é só por meio do casamento civil que as uniões amorosas podem usufruir de todas as benesses do Direito das Famílias. Contudo, à luz do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, tem-se que qualquer lei que pretenda instituir um tratamento jurídico diferenciado a determinada classe de indivíduos deve ter uma fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério distintivo erigido. Ou seja: nem mesmo o legislador poderá criar discriminações arbitrárias, visto ter ele sua liberdade de conformação materialmente restrita tanto pelo princípio da igualdade

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

quanto pelos dispositivos constitucionais em geral. Em outras palavras, caso a discriminação analisada não seja pautada pela lógica e pela racionalidade, será flagrantemente inconstitucional e, portanto, completamente descabida.

Demonstrando a referida discriminação e apontando ser o casamento civil uma comunidade de amor, veja-se o trecho inicial da citada decisão da *Suprema Corte do Estado de Massachusetts (EUA)*<sup>2</sup>:

O casamento também confere uma enormidade de vantagens na esfera privada e social àqueles que decidem se casar”. *O casamento civil é no momento um comprometimento pessoal para com outro ser humano e uma altamente pública celebração dos ideais de reciprocidade, companheirismo, intimidade, fidelidade e da família.* “É uma associação que promove uma forma de vida, não causas; uma harmonia em viver, não em crenças políticas; uma lealdade bilateral, e não um projeto comercial ou social” *Griswold v. Connecticut*, 381, U.S. 479, 486 (1965). *O casamento civil é uma instituição estimada porque satisfaz anseios por segurança, bem-estar e união que expressão a nossa humanidade comum, e a decisão de quando ou com quem se casar é um dos momentos de definição pessoal de nossas vidas.* “Benefícios tangíveis e intangíveis defluem do casamento. A licença de casamento concede valiosos direitos de propriedade para aqueles que se enquadram nos requisitos de sua concessão, e àqueles que concordam com o que poderia ser, em outras circunstâncias, ser um oneroso grau de regulação governamental em suas atividades”. [...] *O Legislativo conferiu a “cada parte (no casamento civil) consideráveis direitos concernentes a bens da outra os quais conviventes não casados não têm” Wilcox v. Trautz*, 427, Mass., 326, 334 (1998). [...] *Os benefícios acessíveis apenas pela obtenção de uma licença de casamento são enormes, abrangendo aproximadamente todos os aspectos de vida e morte.* O Estado atesta que “centenas de estatutos” estão relacionados com o casamento e com os benefícios matrimoniais. Sem a intenção de sermos exaustivos, nós apontamos que alguns dos *benefícios estatutários conferidos pelo Legislativo àqueles que ingressam no casamento civil incluem, quanto à propriedade*: declaração tributária conjunta [...]; arrendamento pela integralidade (uma forma de propriedade que confere certas proteções contra credores e permitem a transmissão automática da propriedade ao consorte sobrevivente sem necessidade de homologação) [...]; extensão do benefício de proteção do bem de família [...] para o consorte sobrevivente e filhos [...]; direito automático à herança da propriedade do consorte falecido que não deixar testamento [...] ; os direitos de ações e de dote (que permitem aos consortes sobreviventes certos direitos de propriedade quando o falecido consorte não tiver feito adequada provisão ao sobrevivente em testamento) [...]; direito a salários pertencentes ao empregado falecido [...]; habilitação para continuar com certos negócios do consorte falecido [...]; o direito a partilhar do plano de saúde do consorte [...]; continuação de trinta e nove semanas na cobertura de saúde para o consorte de uma pessoa inválida ou morta [...]; opções preferenciais no sistema de pensões [...]; proteções financeiras a consortes de certos funcionários públicos (bombeiros, policiais, promotores, entre outros) mortos em serviço [...]; divisão equitativa da propriedade marital no divórcio [...]; direito temporário e permanente a pensão alimentícia [...]; e o direito de reclamar contra a morte injusta e a perda da sociedade conjugal, por despesas funerárias e de sepultamento e indenização resultante de danos civis [...]. *Benefícios maritais exclusivos que não estão diretamente ligados a direitos de propriedade* incluem presunções de legitimidade e de parentesco a crianças nascidas na constância do casamento [...] e direitos comprobatórios, como a proibição contra o testemunho dos cônjuges um contra o outro sobre suas conversas privadas, aplicáveis tanto na esfera civil quanto criminal [...]. Outros benefícios legais de natureza própria daqueles que se encontram casados incluem a qualificação para licença médica para cuidar de pessoas relacionadas por sangue ou casamento [...]; uma preferência automática de “membro da família” para tomar decisões médicas por um consorte incapacitado ou inábil que não tiver deixado uma procuração em sentido contrário [...]; o pedido para o estabelecimento de regras para a custódia de filhos, visitação, auxílio e remoção [...]; direito prioritário à administração do estado do consorte falecido que morre sem testamento [...]. *Quando o casal matrimonializado tem filhos, seus filhos são também diretamente ou indiretamente, mas não menos auspiciosamente, os destinatários de proteções legais e econômicas obtidas pelo casamento civil.* Não obstante a forte política pública que visa abolir as distinções legais entre filhos oriundos ou não do casamento [...],

---

<sup>2</sup> *Goodridge v. Department of Public Health*, p. 9. Disponível em: <http://www.mass.gov.br/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html>. Acesso em: fev. 2007. Sem destaques no original.

fato é que filhos oriundos do casamento colhem uma medida de estabilidade familiar e segurança econômica baseadas no *status* legalmente privilegiado de seus pais que são largamente inacessíveis, ou não tão prontamente acessíveis, a filhos cujos pais não estão casados. Alguns desses benefícios são sociais, como a acentuada aprovação que ainda atende o *status* de ser um filho cujos pais encontram-se casados. Outros são materiais, como a maior facilidade de acesso a benefícios familiares estatais que atendem à presunção de paternidade.

[...]

*O casamento é uma instituição social vital. O compromisso exclusivo de duas pessoas uma à outra nutre amor e mútua assistência; ele traz estabilidade à nossa sociedade.* Para aqueles que decidem se casar, e para os seus filhos, o casamento proporciona uma fartura de benefícios legais, financeiros e sociais. Em troca, ele impõe pesadas obrigações legais, financeiras e sociais. A questão diante de nós é se, de acordo com a Constituição, o Estado pode negar estas proteções, benefícios e obrigações conferidas pelo casamento civil a duas pessoas do mesmo sexo que desejam se casar. Nós concluímos que ele não pode. *A Constituição afirma a dignidade e a igualdade de todos os indivíduos. Ela proíbe a criação de cidadãos de segunda classe.* Ao chegar à nossa conclusão, nós demos total deferência aos argumentos trazidos pelo Estado. *Mas ele falhou na incumbência de identificar alguma razão constitucionalmente adequada para a negativa do casamento civil aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.* Nós estamos cientes de que a nossa decisão marca uma mudança na história da nossa lei do casamento. Muitas pessoas têm convicções religiosas, morais e éticas profundamente consolidadas no sentido de que o casamento deveria ser limitado à união de um homem e uma mulher, e que a conduta homossexual é imoral. Muitos têm igualmente fortes convicções religiosas, morais e éticas no sentido de que os casais formados por pessoas do mesmo sexo têm o direito de casar, e que as pessoas homossexuais não deveriam ser tratadas de forma diferente daquela conferida a seus vizinhos heterossexuais. Nenhuma dessas visões responde à pergunta diante de nós. *Nossa preocupação é com a Constituição como uma carta de governo para todas as pessoas dentro do seu alcance. “Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, não estabelecer o nosso próprio código moral”.* Lawrence v. Texas (...). Uma pessoa que entra em uma união íntima e exclusiva com outra do mesmo sexo e tem acesso barrado às proteções, benefícios e obrigações do casamento civil é arbitrariamente privada do acesso a uma das instituições mais estimadas e compensatórias da nossa comunidade. *Essa exclusão é incompatível com os princípios constitucionais do respeito à autonomia individual e à igualdade perante a lei.*

### Nas precisas palavras de Evan Wolfson<sup>3</sup>:

Casamento é ainda um relacionamento entre um casal e o governo. Casais precisam da participação governamental para entrar e sair do casamento. Por ser uma instituição legal e “civil”, o casamento é a porta de entrada legal a uma vasta gama de proteções, responsabilidades e benefícios – a maior parte dos quais não pode ser replicada de nenhuma outra forma, não importa o quanto você se previna [forethought] ou quanto você pode gastar com honorários advocatícios e juntando procurações e documentos [assembling proxies and papers]. [Ademais] Não importa que língua as pessoas falam [...] – casamento é o que nós usamos para descrever um específico relacionamento de amor e dedicação a outra pessoa. É como nós designamos as famílias que são unidas por causa do amor. E ele universalmente significa um nível de abnegação [self-sacrifice] e responsabilidade e um estágio da vida diferente de qualquer outro. [...] Considere-se todas as diferentes dimensões do casamento [...]. Primeiro, *casamento é um comprometimento pessoal e uma escolha importante que pertence a casais que se amam [belongs to couples in love]*. De fato, muitas pessoas consideram a escolha de um parceiro [conjugal] a escolha mais significativa de suas vidas. [...] Casamento é ainda uma declaração social que, com proeminência, descreve e define os relacionamentos pessoais e o seu lugar na sociedade. O *status* marital, juntamente com o que nós fazemos para viver, é muitas vezes uma das primeiras peças de informação que nós damos aos outros sobre nós mesmos. Ele é tão importante que a maior parte das pessoas casadas ostentam um símbolo do seu casamento nas suas mãos. [...] Casamento tem um significado espiritual para muitos de nós e um significado familiar para quase todos nós. Parentes perguntam inquisitivamente quando iremos nos casar, muitas vezes ao ponto de importunação [often to the point of nagging]. [...] Casamento é agora o vocabulário que nós usamos para falar de amor, família, dedicação, abnegação e fases da vida. *Casamento é uma linguagem de amor, igualdade e inclusão.* [...]

---

<sup>3</sup> WOLFSON, Evan. **Why Marriage Matters. America, Equality and Gay People’s Right to Marry.** New York, London, Toronto e Sidney: Simon & Schuster Paperbacks, 2004, p. 03-05. Tradução livre.

No mesmo sentido, já se manifestou a Suprema Corte dos EUA, no julgamento *Turner v. Safley*, de 1989, que reconheceu o direito dos prisioneiros de se casarem mesmo que a prisão lhes impedisse de manter relações sexuais e, assim, lhes impedisse de procriar. Segundo Evan Wolfson<sup>4</sup>:

Após cuidadosas considerações, os *Justices* destacaram quatro “importantes atributos” do casamento: Primeiro, eles disseram, *o casamento representa uma oportunidade de fazer uma declaração pública de comprometimento e amor um ao outro*, e uma oportunidade de receber apoio público para aquele comprometimento. Segundo, os *Justices* disseram, *casamento tem para muitas pessoas uma importante dimensão espiritual ou social*. Terceiro, casamento oferece a perspectiva de “consumação” física, o que, claro, a maior parte de nós designa por um nome distinto. E quarto, os *Justices* disseram, casamento nos Estados Unidos é a única e indispensável entrada, a “precondição”, para uma vasta gama de proteções, responsabilidades e benefícios – públicos e privados, tangíveis e intangíveis, legais e econômicos – que tem importância real para pessoas reais. A Suprema Corte obviamente entendeu, como *supra* discutido, que o casamento tem outros propósitos e outros aspectos na esfera religiosa, nos negócios e nas vidas pessoais das pessoas. Os *Justices* sabiam, por exemplo, que para muitas pessoas, o casamento é ainda importante como uma estrutura na qual eles podem ter e criar filhos. Mas quando o examinaram com a Constituição Federal em mente, esses quatro atributos ou interesses identificados pela Corte são aqueles que têm peso legal. E, após sopesar esses atributos, os *Justices* decidiram – em uma decisão unânime – que *o casamento é uma escolha tão importante que ele não pode ser arbitrariamente negado pelo governo*. Consequentemente, eles ordenaram que o governo parasse de recusar licenças de casamento ao grupo de Americanos que trouxeram o caso [a julgamento] Aquele grupo de Americanos era o dos prisioneiros.

No mesmo sentido, a decisão do juiz Kevin Chang<sup>5</sup>, ao analisar o argumento estatal de que o casamento civil só seria acessível àqueles que tivessem capacidade procriativa:

No Havaí, e em qualquer lugar, as pessoas se casam por uma variedade de razões, incluindo, mas não se limitando, as seguintes: (1) ter ou criar filhos; (2) estabilidade e comprometimento; (3) intimidade emocional [*emotional closeness*]; (4) intimidade e monogamia; (5) o estabelecimento de uma rede de apoio [*framework*] para um relacionamento duradouro; (6) significação pessoal [*personal significance*]; (7) reconhecimento da sociedade; e (8) obter proteções, benefícios e obrigações legais e econômicas. Homens gays e mulheres lésbicas possuem esse mesmo conjunto de razões [*mix of reasons*] para quererem se casar. [...]

E, como bem destacado por Evan Wolfson<sup>6</sup>, virtualmente, todos estes direitos e consequências do casamento civil [e da união estável] não podem ser obtidos mediante a contratação de um advogado ou a elaboração de acordos privados, mesmo que o casal tenha muita disposição prévia [*forethought*] para discutir todas essas questões (previamente) e tenha muito dinheiro extra para gastar com advogados.

Ou seja, o que é relevante, para fins de casamento civil, é o fato de termos duas pessoas que se amam romanticamente e se encontrem em uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, pautada no companheirismo e na mútua assistência (dedicação recíproca), o que independe de ter filhos, querer ter filhos ou poder ter filhos. Ademais, em um país pautado pela laicidade estatal<sup>7</sup>, a importância espiritual e religiosa que o

---

<sup>4</sup> WOLFSON, Evan. *Why Marriage Matters...*, p. 08-09. Tradução livre. Grifos nossos.

<sup>5</sup> In: *Baehr v. Miike* (1996).

<sup>6</sup> WOLFSON, Evan. *Why Marriage Matters...*, p. 15. Tradução livre.

<sup>7</sup> Como o Brasil – art. 19, inc. I, da CF/1988.

casamento tem para muitas pessoas não pode ser considerado um elemento discriminatório para o casamento civil – os requisitos que as religiões elegem para os seus casamentos religiosos não podem ser impostos, em um Estado Laico, àqueles que não compartilham das crenças religiosas que sustentam estes requisitos, da mesma forma que não pode o Estado interferir na forma como as religiões lidam com os seus casamentos religiosos. A menção à importância espiritual e religiosa do casamento para os cidadãos só pode servir como elemento a destacar a importância que o casamento civil tem para todas as pessoas, independentemente de suas crenças e religiões, de sorte a destacar o direito das pessoas não cristãs (ou não pertencentes à religião dominante no país) ao casamento, mesmo quando a religião cristã/dominante não reconheça a validade do referido casamento.

O próprio *Justice Scalia*<sup>8</sup>, conservador membro da Suprema Corte dos EUA, reconheceu que a capacidade procriativa não é um argumento forte para não reconhecer o casamento civil homoafetivo, quando afirmou que “Se a desaprovação moral da conduta homossexual ‘não é um interesse estatal’ para propósitos de proibir sexo privado entre adultos [*private sex between adults*], que justificação poderia possivelmente existir para negar os benefícios do casamento a casais homossexuais? Certamente não o encorajamento da procriação, considerando que pessoas estéreis e idosas são autorizadas a se casar”.

Posteriormente, como se sabe, a Suprema Corte dos EUA reconheceu o direito ao casamento civil igualitário, no caso *Obergefell vs Hodges* (2015), no qual reconheceu o **direito ao igual respeito e consideração** imanente à doutrina da igual proteção demanda pelo reconhecimento da **igual dignidade** de casais homoafetivos relativamente a heteroafetivos, de sorte a tornar obrigatório o reconhecimento do direito ao casamento civil àqueles.

Ademais, é de se lembrar que não existem “proibições implícitas” em Direito, já que, como se sabe, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (máxima kelseniana imanente ao Direito Privado, no Brasil positivada no art. 5º, II, da CRFB), pois se as pessoas só estão proibidas de fazer algo em virtude de lei (leia-se, texto normativo), isso significa que somente é proibido juridicamente algo que seja expressamente vedado pela lei<sup>9</sup>. Nesse sentido, caso a lei se limite a regulamentar um fato e deixar outro sem regulamentação e sem proibição, isso significa a existência de uma *lacuna na lei*, não de uma “proibição implícita”. E lacunas colmatam-se por interpretação extensiva ou analogia, por força do princípio da igualdade. Afinal, a interpretação extensiva é técnica hermenêutica de interpretação que visa à integração do ordenamento jurídico com a realidade, no sentido de suprir (assim como a

---

<sup>8</sup> In: *Lawrence v. Texas* (2003, voto vencido). Vale destacar, contudo, que a leitura do voto do *Justice Scalia* deixa claro que ele proferiu tais palavras para inflamar a opinião pública estadunidense contra a decisão majoritária da Suprema Corte neste caso, de declarar a inconstitucionalidade de leis que criminalizassem a chamada “*sodomia homossexual*” (ato sexual não procriativo entre pessoas do mesmo sexo), mediante a afirmação de que, tendo a Suprema Corte (finalmente) afirmado que a mera desaprovação moral, isoladamente considerada, não justifica racionalmente uma lei perante o princípio da igualdade, então nada obstará que ela impusesse o casamento civil homoafetivo, como fez o Canadá. Embora certo no raciocínio, *Scalia* o utilizou claramente com o nefasto intuito de desacreditar a decisão da Suprema Corte naquele caso, por força dos preconceitos sociais homofóbicos contra o casamento civil homoafetivo...

<sup>9</sup> Apenas para evitar eventuais mal-entendidos, não tive tal compreensão quando elaborei minha monografia de conclusão do curso de Direito no Instituto Presbiteriano Mackenzie, intitulada *Homoafetividade & Família: Da Possibilidade Jurídica do Casamento, da União Estável e da Adoção por Homossexuais*, na qual acreditei acriticamente na existência de “proibições implícitas” ante a redação do art. 1.514 do CC/2002, pelo que me penitencio. Em outras palavras, o pensamento deste autor evoluiu ao constatar a inexistência de proibições implícitas em Direito ante o teor do art. 5º, II, da CF/1988.

analogia) as omissões cometidas pelo legislador (constituente, infraconstitucional ou convencional) quando da elaboração do texto normativo, superando o entendimento que usualmente se tem sobre ele<sup>10</sup>. Pois bem: o “entendimento que usualmente se tem” nos dias de hoje, no que tange ao casamento civil e à união estável, é o de que estes poderiam ser formados apenas por pessoas de sexos diversos. Contudo, isso é apenas consequência do fato de constituírem os heterossexuais cisgêneros cerca de 90% da população mundial. Todavia, é de se ressaltar que o fato de alguém pertencer a uma minoria não significa, de forma alguma, que este alguém terá seus direitos tolhidos tão somente por fazer parte de um grupo minoritário. Isso porque, como demonstrado, a discriminação juridicamente válida supõe necessariamente uma fundamentação logicamente racional que a fundamente, sob pena de inconstitucionalidade por afronta à isonomia.

Assim, como a Convenção Americana de Direitos Humanos foi omissa no que tange à união homoafetiva, no sentido de não proibi-la, mas, igualmente, não regulamentá-la, deve-se verificar se a regulamentação existente no que tange à união heteroafetiva pode ser estendida àquela primeira. Isso se faz pela *interpretação teleológica*, por meio da qual se analisa o verdadeiro intuito (objeto de proteção) do texto normativo, indo-se além da *letra fria* deste, mesmo porque a interpretação teleológica sempre prevalece sobre a interpretação gramatical, visto que esta existe tão somente para materializar, em palavras, a teleologia (finalidade) pretendida com o texto normativo em questão. Em outras palavras, deve-se verificar se existe na situação não citada pelo texto normativo o mesmo elemento valorativamente protegido naquela por ele expressamente citada – se existir, estende-se o regime jurídico à situação não mencionada, por meio da interpretação extensiva ou da analogia.

No que tange ao casamento civil e à união estável, o elemento protegido pelos textos normativos respectivos é a família, família esta que se forma pelo *amor conjugal que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura*, amor este que é o elemento formador da família contemporânea (*amor familiar*). O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos<sup>11</sup>. Ademais, se nada fala sobre homoafetividade ou heteroafetividade, o Código Civil declina a finalidade do casamento civil no seu art. 1.511: a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges<sup>12</sup>. É inquestionavelmente o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir família<sup>13</sup> e, portanto, o desejo de casar.

Daí entender-se que a Convenção Americana dos Direitos Humanos demanda, em sua interpretação sistemática que respeite o princípio da igualdade (a doutrina da igual proteção das leis), o reconhecimento do direito de casais homoafetivos serem reconhecidos como

---

<sup>10</sup> Quanto à definição da interpretação extensiva e sua diferença da analogia, cite-se a saudosa lição de Miguel Reale: “(...) o pressuposto do processo analógico é a existência reconhecida de uma lacuna na lei [ao passo que] *Na interpretação extensiva*, ao contrário, *parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz*. É a razão pela qual se diz que entre uma e outra há um grau a mais na amplitude do processo integrativo” (REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**, 27.<sup>a</sup> Edição, 4.<sup>a</sup> tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 298 – sem grifos no original).

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 1.<sup>a</sup> Ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 143.

<sup>12</sup> Cf. DIAS, op. cit., p. 144.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 145.

famílias conjugais em geral e terem acesso ao casamento civil e a quaisquer leis de “uniões de fato” em particular.

### **1.1.1. Descabimento de se relegar as uniões homoafetivas a “uniões civis” paralelas ao casamento civil. Reminiscência da nefasta doutrina do “separados, mas iguais”.**

Muito se fala em se garantir os direitos de casais homoafetivos mediante “leis de união civil”, que seriam paralelas ao casamento civil. Este ficaria exclusivo de casais heteroafetivos, com homoafetivos sendo relegados àquelas. Embora, curiosamente, haja notícia de decisões judiciais que permitem a casais heteroafetivos também acessarem leis de união civil quando elas se limitam a casais homoafetivos. É curioso porque é precisamente isso que estes pleiteia, relativamente ao casamento civil.

De qualquer forma, esse tipo de estratégia política traz dois problemas. Em primeiro lugar, praticamente nunca tais leis garantem os mesmos direitos garantidos pela legislação aos casais civilmente casados. Logo, isso não resolve a violação do princípio da igualdade, pois permanece a discriminação, no sentido de negativa de direitos. Por exemplo, o *Pacto Civil de Solidariedade* francês garante, segundo relatos, aproximadamente metade dos direitos do casamento civil a quem a ele adere.

Por outro lado, ainda que se aprovasse uma lei que garantisse os mesmos direitos do casamento civil, embora a questão da isonomia (isoladamente considerada) pudesse se considerar resolvida, persistiria a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a exclusão de casais homoafetivos do regime jurídico do casamento civil se pautaria em moralismos preconceituosos, estigmatizantes, que presumem que casais homoafetivos não seriam “dignos” do casamento civil, ou que seriam “menos dignos” que os heteroafetivos.

Afinal, a consagração das uniões homoafetivas por intermédio de “uniões civis” (“parcerias civis registradas”, “pactos de solidariedade” etc, e não por meio do casamento civil) implicaria, obviamente, na sua rotulação como menos dignas do que as uniões matrimonializadas. Afinal, a *parceria civil registrada* nada mais é do que um contrato do Direito Obrigacional, ao contrário do *casamento civil*, que é um regime jurídico do Direito das Famílias. Só neste ponto já se percebe como o *casamento civil* tem a si atribuída uma dignidade muito maior do que aquela que se pretende conferir a qualquer “união civil paralela ao casamento civil”.

Por outro lado, o *casamento civil* já é uma união civil, ou seja, um contrato conjugal formalizado perante o Estado (um “contrato típico”, com praticamente todas as suas cláusulas já definidas pela legislação na generalidade dos casos), logo, qual o motivo juridicamente válido que justificaria a criação de outra “união civil”, apenas para casais homoafetivos? Como se vê, uma tal postura ressuscitaria a nefasta “doutrina” do **separados, mas iguais**, ou seja, a ideologia legal que pregava que os direitos deveriam ser os mesmos, mas em locais separados – no caso, direitos iguais, mas por regimes jurídicos distintos. Mas, **da mesma forma** que essa nefasta doutrina foi criada pelo menosprezo à população negra, para não permitir seu convívio com a população branca, a criação de uma “união civil paralela ao casamento civil” apenas para casais homoafetivos **decorre de heterossexismo, ou seja, de homofobia institucional**,

que considera casais homoafetivos como supostamente “inferiores” ou “menos dignos” que os heteroafetivos e, *por isso*, (tal discriminação institucional) não permite que os casais homoafetivos acessem o casamento civil, que fica reservado aos heteroafetivos. Trata-se de **ideologia segregacionista** que evidentemente viola uma compreensão conjugada dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que gera o **direito ao igual respeito e consideração** (Dworkin) e, conseqüentemente, o direito à **igual dignidade**, bem afirmado pela Suprema Corte dos EUA no julgamento que precisamente reconheceu o direito de casais homoafetivos terem acesso ao casamento civil (caso *Obergefell vs. Hodges*, 2015).

*Não que o casamento civil deva ser a “única” forma de união conjugal formalizada perante o Estado. Nada impede os Estados de criarem diversas “uniões civis” (o casamento civil sendo uma delas), com peculiaridades próprias, para que cidadãos e cidadãs possam livremente escolher entre elas. Isso é inclusive desejável. O que não se pode admitir é discriminar parte da população relativamente ao casamento civil e a qualquer outra “união civil”, dada a violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana inerente a tal postura.*

Isso porque a exclusão dos casais formados por pessoas do mesmo sexo do regime jurídico do casamento civil traz implícita a ideia de que a relação homoafetiva não seria tão digna quanto a heteroafetiva; que ela não mereceria o mesmo respeito, a mesma preocupação e a mesma consideração que se garantem às uniões formadas por pessoas de sexos diversos (conforme citado na decisão canadense supra transcrita). Contudo, qualquer afirmação nesse sentido (de menor dignidade das uniões homoafetivas em relação às heteroafetivas) é inconstitucional pela sua arbitrariedade, tendo em vista a inexistência de motivação lógico-racional que corrobore com este deturpado entendimento acerca do amor homoafetivo.

Outrossim, não se pode deixar de concordar com a Jurisprudência de Direito Comparado que, ao julgar inconstitucional o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo por afronta à isonomia e à dignidade da pessoa humana, afirma que, quanto a esta, a instituição de uma lei paralela àquela do casamento civil apenas para os casais homoafetivos implicaria na volta à política do “separate but equal” (separados, mas iguais) que tanto assolou a convivência entre negros e brancos nos Estados Unidos e na África do Sul e que só serviu para estigmatizar ainda mais os negros<sup>14</sup>.

Veja-se, nesse sentido, a decisão da *Suprema Corte de Ontário (Canadá)*<sup>15</sup>, ao declarar a inconstitucionalidade do não reconhecimento do casamento civil homoafetivo:

---

<sup>14</sup> Para contextualizar o leitor que não esteja familiarizado com aquela nefasta e vetusta política, o “separate but equal” visava a garantir aos negros os mesmos direitos conferidos aos brancos com a diferença de que os negros não poderiam ocupar os mesmos espaços que os brancos. Por exemplo, nos ônibus, os negros teriam assentos da mesma qualidade que aqueles dos brancos, mas só poderiam sentar nos assentos da parte de trás dos ônibus (sendo, aliás, intuitivo que sentar-se atrás tem uma menor dignidade do que sentar-se à frente); nos tribunais, teriam direito a um local idêntico àquele conferido aos brancos, mas jamais poderiam utilizar o local destinado aos brancos.

<sup>15</sup> *Halpern v. Canadá (Attorney General)*, 2002, CanLII 42749 (ON S.C.D.C.). In <http://www.canlii.org/on/cas/onscdc/2002/2002onscdc10000.html> (acesso em 20/10/2006 – tradução livre; sem grifos e destaques no original).

(187) A essência da primeira parte das colocações do Estado requer que esta corte aceite que “casamento” é uma palavra que meramente identifica uma instituição única. Aquele argumento implica que, se os Requerentes tiverem a si garantidos todos os direitos, privilégios e benefícios da instituição do casamento – mas sob outra nomenclatura – então não haverá nenhuma discriminação porque não haveria nenhuma diferença de tratamento. Isso, na minha opinião, está errado.

(188) “*Casamento é mais que uma nomenclatura – mais que apenas uma palavra*”. Poderia ser dito que o primeiro indicador da sua importância é o fato que esse longo e complexo processo aparentemente tivesse que ocorrer. Na minha opinião, “*a paixão e sinceridade de todos que arguíram perante esta corte é um testemunho às profundamente nutridas visões do casamento*”. Os Requerentes fervorosamente pleiteiam por sua inclusão naquela instituição; os Contestantes pleiteiam intensamente pela proteção da sua exclusividade. Eu estou totalmente convencido que “*casamento é muito mais que uma palavra e eu concordo com a observação de que o casamento – para a maior parte da sociedade canadense é*”:

... a instituição que concede a uma união o profundo selo social de aprovação e aceitação do relacionamento como sendo do maior valor. [MacDougall, B. “A Celebração do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo” (2000) 32:2 Ottawa Law Rev. 235 at 242].

(189) Eu também concordo com aqueles outros que o descrevem como:

... legal, religioso, social, vocacional e pessoal ... *O poder do casamento vem não do que ele é em abstrato, ou como ele é definido, ou ainda no que ele simboliza, mas de como ele é transubstanciado pelo foco social na condição marital como o elemento chave na definição de todas as pessoas.* [ibid, MacDougall aponta que essa opinião é de alguém que pretende excluir os casais formados por pessoas do mesmo sexo do casamento. A citação é de L. S. Eckols, “A Miragem do Casamento: As Implicações nas Identidades Pessoais e Sociais do Matrimônio entre Pessoas do Mesmo Sexo”. (1995) 5 Mich. J. of Gender and L. 353 at 354 (notas de rodapé omitidas)].

(190) No caso *Egan*, os Juízes Cory e Iacobucci foram da opinião que a lei que oferece uma “escolha significativa” pode também oferecer um “valioso benefício”. E onde a definição daquela lei confere o estado de reconhecimento e legitimidade de um *status* particular, a negação da habilidade de escolher aquele *status* a lésbicas e *gays* implica em violação à seção 15(1) da *Carta de Direitos*. Isso, eu acredito, é o que ocorreu no caso em tela.

(191) Em apoio à minha conclusão eu volto mais uma vez à decisão da Juíza Greer no caso *Layland* para assistência e em particular onde ela examinou alguns pronunciamentos judiciais existentes em 1993 sobre a seção 15(1). Confiando na linguagem do Juiz Wilson no caso *R. v. Turpin*, a Juíza Greer expressou a conclusão com a qual eu concordo, nomeadamente:

Não se pode levar em consideração apenas o que os casos Pré-*Carta de Direitos* sustentaram que era o casamento. É importante que o tema seja adequadamente colocado no amplo contexto da nossa sociedade moderna e seus costumes e expectativas. Os casos referentes à *Carta de Direitos* mostram que nossas cortes entenderam que “escolha” é um benefício da lei. *No caso em tela, os requerentes tiveram negado seu direito à escolha de com quem eles querem se casar. Na minha visão, o direito à escolha é um direito fundamental e se aplica ao contexto do casamento na nossa sociedade.* É uma teoria básica na nossa sociedade que o Estado respeitará as escolhas feitas pelos indivíduos e o Estado evitará subordinar essas escolhas a qualquer outra concepção. As garantias individuais da seção 15 são designadas para proteger o direito de escolha dos indivíduos. Nossas cortes e o Estado sempre se empenharam a separar o preconceito histórico e a intolerância através da aplicação da lei. Na minha visão, isso é o que a *Carta de Direitos* visou fazer. *Eu também rejeito o argumento do Estado segundo o qual os benefícios proporcionados através da instituição do casamento podem ser remediados por alteração na legislação que de outra forma concedam ditos benefícios aos casais coabitantes. Na minha opinião aquela colocação remonta ao argumento do “separados mas iguais” que foi há tanto rejeitado no Canadá como justificativa para uma lei outrora discriminatória.*

(193) Eu entendo que não responde às preocupações dos Requerentes simplesmente dizer a eles que os casais formados por pessoas do mesmo sexo têm – ou terão – todos os benefícios que os casais casados têm através de outras medidas legislativas tais como “parcerias domésticas”.

(194) *Aceitar aquele argumento significaria que eu concordo que os casais formados por pessoas do mesmo sexo têm direito a todos os benefícios e privilégios que os casais formados por pessoas de sexos diversos têm garantidos através do casamento, mas não o direito a serem reconhecidos como casados. Em outras palavras, eu teria que abraçar o conceito segundo o qual casais formados por pessoas do mesmo sexo têm o direito de se casar; eles apenas não poderiam se apropriar da palavra casamento porque ela pertenceria exclusivamente a casais heterossexuais. Isso seria um conceito equivocado para essa corte abraçar.*

(195) Deve ser lembrado que em algum momento afrodescendentes tinham o direito a sentar no mesmo ônibus dos ‘brancos’ e em assentos que eram igualmente confortáveis aos outros assentos. Eles apenas não poderiam sentar na parte

da frente do ônibus porque aqueles assentos iguais eram reservados para ‘pessoas brancas’. Da mesma forma, afrodescendentes tinham o direito a beber água e a usar banheiros que eram em todos os aspectos iguais àqueles usados por pessoas brancas. Mais uma vez, eles não poderiam fazê-lo na mesma fonte ou usar o mesmo banheiro dos brancos. Cada um dos quais eram – apesar de serem conceitos aparentemente merecedores de crédito – desconsiderados e rejeitados pelas cortes nos Estados Unidos.

(196) No caso *Andrews* a nossa Suprema Corte – com igual ênfase judicial – rejeitou dita doutrina no Canadá. Naquela questão eu concordo com a fala de *Linden J. A.* no seu voto divergente no caso *Egan v. Canadá* que entendeu que:

“Não se pode fugir da conclusão segundo a qual o oferecimento de benefícios às parcerias de *gays* e lésbicas através de um esquema diferente daquele conferido às parcerias heterossexuais é uma versão da doutrina do ‘separados mas iguais’”. *Aquela doutrina estarecedora não deve ser ressuscitada no Canadá quatro décadas após a sua tão proclamada morte nos Estados Unidos.*

(197) Em conclusão, eu entendo que a resposta a este primeiro aspecto da análise da seção 15(1) da *Carta de Direitos* é que a regra tradicional do casamento sujeita os Requerentes a um tratamento diferenciado daquele conferido a outros. Isso significa dizer que eu considero que lésbicas e *gays* são tratados diferentemente de heterossexuais quando é-lhes negados o direito de entrada na instituição social do casamento.

#### Ato contínuo, concluiu a Corte:

(199) Argumenta-se que pela exclusão de pessoas *gays* e lésbicas do casamento há uma negativa da sua oportunidade de participação igualitária em nossa sociedade. Ou seja, sustenta-se que há um direito fundamental ao casamento reconhecido na jurisprudência canadense, estadunidense e internacional. Eu aceito totalmente esse argumento e concordo que:

*... a decisão de se casar ou não se casar pode, realmente, ser uma das decisões mais pessoais que um indivíduo tomará no curso de sua vida. Ela pode ser tão fundamental quanto importante e pessoal como uma escolha referente, por exemplo, à cidadania ou mesmo à religião. [Miron v. Trudel, 1995, CanLII 97 (S.C.C.) (...)]*

(200) O primeiro fator contextual que eu preciso considerar através dessa análise é a decisão sobre a existência na sociedade canadense de uma ‘desvantagem, vulnerabilidade, estereotipização ou preconceito preexistente’ experimentada por pessoas *gays* e lésbicas. Na minha opinião, essa questão tem poucos argumentos contrários, ou mesmo nenhum – ela seguramente existe.

(201) *Nossas cortes têm frequentemente reconhecido que os relacionamentos formados por pessoas do mesmo sexo não têm recebido a mesma preocupação, o mesmo respeito e a mesma consideração. Eu concordo com a visão segundo a qual ‘a negativa de casamento igualitário pode – e sem dúvida o faz – refletir e reforçar os existentes entendimentos incorretos sobre o mérito, as capacidades e o valor dos relacionamentos entre lésbicas e gays na sociedade canadense. Ademais, eu concordo que, dada a sua ocorrência, ela deve ter um efeito que resulta em maior estigmatização’.*

(202) *A exclusão de gays e lésbicas do casamento desconsidera as necessidades, capacidades e circunstâncias de companheiros(as) do mesmo sexo e de seus filhos. Ela declara toda uma classe de pessoas como não merecedoras de reconhecimento e apoio da sanção estatal aos seus casamentos. Em suma, o casamento – como atualmente definido – falha na harmonização ou na consideração das questões de gays e lésbicas. (grifos nossos)*

#### Com efeito, na lição de Evan Wolson:

Como discutido ao longo deste livro, há o sempre importante uso geral [*currency*] da palavra *casamento*. Quando se trata do entendimento das pessoas sobre o que significa estar em um casal – apaixonado, comprometido e responsável um pelo outro – *as palavras união civil simplesmente não podem ser comparadas, mesmo se elas de alguma forma englobarem todos os direitos tangíveis e sistêmicos e as responsabilidades conferidas pelo casamento*. Como dito por Beth Robinson, que sustentou o caso de Vermont perante a suprema corte estadual, “ninguém escreve músicas sobre” uniões civis. Enquanto todo mundo sabe o que você quer dizer quando fala “Nós nos casamos”, a união civil não tem sequer um verbo. Willian Safire, que se descreve como um conservador liberal, fez um bom trabalho ao descrever essa distinção na sua coluna no [jornal] *New York Times*: “O conservador em mim imagina: se direitos iguais podem ser garantidos por uma união civil, porque estão alguns gays pressionando tanto pela palavra ‘casamento?’”, escreveu em dezembro de 2003. “A resposta é que a antiga palavra traz uma poderosa mensagem. A união civil denota tolerância à homossexualidade, com o seu reconhecimento dos direitos civis de um indivíduo; mas

*o casamento denota a total aprovação social à homossexualidade, com a reversão de prévios julgamentos morais*”.<sup>16</sup>

É também o que pensa a jurista estadunidense Barbara J. Cox<sup>17</sup>, para quem:

O heterossexismo inerente a relegar os casais do mesmo sexo apenas às uniões civis é uma reminiscência do racismo que relegou os afro-americanos em vagões de trens separados e em escolas separadas, e do sexismo que relegou mulheres a escolas separadas. Nossas experiências sociais com o “separados, mas iguais” têm repetidamente mostrado que dita separação nunca pode resultar em igualdade porque a separação é pautada na crença da distância necessária a ser mantida entre aqueles que ocupam a posição privilegiada e aqueles colocados na posição inferior.

Cite-se, ainda, a precisa lição de Luís Roberto Barroso<sup>18</sup> acerca do tema (atualmente Ministro da Suprema Corte brasileira e que foi advogado do Governador do Estado do Rio de Janeiro na ação que resultou na decisão que reconheceu o *status* familiar das uniões homoafetivas):

A análise do casamento entre pessoas do mesmo sexo à luz da ideia de dignidade humana apresentada neste artigo é muito menos complexa do que uma tal análise relativamente ao aborto. Realmente, no nível do *valor intrínseco*, há um direito fundamental em favor da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo: a *igualdade perante a lei*. Negar aos casais do mesmo sexo o acesso ao casamento – e a todas as consequências sociais e legais dele decorrentes – representa uma forma de discriminação por orientação sexual. Não há nenhum argumento relativo ao valor intrínseco [do ser humano] que poderia ser razoavelmente empregado para se contrapor ao direito dos homossexuais à igual proteção e respeito. Quanto à *autonomia*, o casamento entre pessoas do mesmo sexo envolve dois adultos em consenso que escolhem, sem coerção ou manipulação, como exercitar o seu afeto e sexualidade. Não há violação à autonomia de nenhuma outra pessoa nem prejuízo a quem quer que seja que pudesse justificar uma proibição. Finalmente, no nível do *valor comunitário*, não se pode deixar de reconhecer que números segmentos da sociedade civil, e particularmente grupos religiosos, desaprovam o comportamento homossexual e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas negar o direito de casais gays de se casarem seria uma restrição não autorizada à sua autonomia em prol de um impróprio moralismo ou da tirania da maioria. Primeiramente, há um direito fundamental envolvido, seja o direito à igualdade ou à privacidade (liberdade de escolha). Se esse não fosse o caso, o fato inegável é que não há nenhum prejuízo a terceiros ou a quem quer que seja em questão aqui. E finalmente, não se pode mais encontrar um forte nível de consenso social contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo em um mundo aonde, pelos menos na maioria das sociedades ocidentais, a homossexualidade é largamente aceita. Claro, qualquer pessoa tem o direito de advogar contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo e tentar convencer as pessoas a se absterem de dele participar. Mas isso é diferente de pedir ao Estado a que não reconheça um legítimo exercício de autonomia pessoal por cidadãos livres e iguais.

Essas razões demonstram que o direito ao casamento civil é um direito humano de casais homoafetivos, razão pela qual requer-se seu reconhecimento pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **1.2. A decisão da Suprema Corte brasileira sobre que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, enquadrando no regime jurídico da união estável.**<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> WOLFSON, Evan. *Why Marriage Matters...*, p. 134. Tradução livre.

<sup>17</sup> COX *apud* WOLFSON, Evan. *Why Marriage Matters...*, p. 135. Tradução livre.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Here, there and everywhere*”. *Human Dignity in contemporary law and in the transnational discourse*, pp. 63-64. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1945741>> (último acesso em: 08 jan. 2012).

<sup>19</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, capítulo 13, item 6 (pp. 448-471).

A ADPF 132 e a ADI 4277 foram propostas objetivando a extensão do regime jurídico da união estável a casais homoafetivos por força dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica. Analisemos os votos dos Ministros, que, por unanimidade, julgaram procedentes as ações.

Em sustentação oral neste julgamento, em síntese, o cosignatário Paulo Roberto Iotti Vecchiatti<sup>20</sup> afirmou que o fato de o art. 226, §3º, da CF/88 dizer que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher não significa que ele tenha dito que ela é reconhecida apenas entre o homem e a mulher, donde, como este *apenas* nem nada equivalente está escrito, *não há limite semântico no texto normativo constitucional* que impeça a exegese constitucional inclusiva pleiteada pelas ações [*o que é perfeitamente aplicável à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos*]. Ato contínuo, afirmou que dada a evolução do conceito de família, superado o opressor modelo hierárquico-patriarcal, passando pelo fusional (no qual o afeto era o marco definidor da união conjugal) e culminando com o atual modelo eudeminista (que defende a existência da família apenas enquanto ela trouxer felicidade e realização individual a todos os seus integrantes), cabível interpretação extensiva ou analogia para reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva. Isso por força dos princípios da unidade, da concordância prática e da máxima efetividade das normas constitucionais [e dos direitos humanos em geral], que restam violados pela antinomia real entre o art. 226, §3º, da CF/88 e os princípios da isonomia e da dignidade humana oriunda da interpretação restritiva, discriminatória às uniões homoafetivas, relativa à não-extensão a elas do regime jurídico da união estável<sup>40</sup>.

O relator, *Ministro Ayres Britto*, destacou que o fato de o art. 3º, inc. IV, da CF/1988 ter equiparado a discriminação por motivo de sexo à discriminação por origem, raça, cor e idade significa que ele reconheceu que, como estes outros, o sexo é algo que não depende da vontade da pessoa, mas do puro acaso, e que, portanto, *é injusto e constitucionalmente inadmissível que uma pessoa seja discriminada por seu sexo e, pelo mesmo motivo, por sua sexualidade*, ante a ausência de permissão constitucional a tal discriminação. Assim, vislumbrando um *silêncio* intencional da Constituição relativamente à forma como as pessoas utilizam sua sexualidade, afirmou que as relações homoafetivas<sup>41</sup> são lícitas em razão do art. 5º, inc. II, da CF/1988 consagrar

---

<sup>20</sup> Representando o *amicus curiae* AIESSP – Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo.

<sup>40</sup> Para a íntegra de minha sustentação oral, juntamente com a do hoje Ministro Roberto Barroso (o então advogado que representou o Governador do Rio de Janeiro, autor da ADPF 132), vide <https://pauloriv71.wordpress.com/2014/05/14/sustentacoes-orais-adpf-132-e-adi-4277/> (último acesso em 04.06.2016). Quando possível, pretendo transcrever as demais no mesmo local. Ali rebati os argumentos tradicionalmente usados contra o reconhecimento da união homoafetiva (em síntese: capacidade procriativa – casais heteroafetivos estéreis não deixam de ser reconhecidos enquanto família pela sua infertilidade; voluntarismos religiosos – laicidade estatal, que veda que fundamentações religiosas sejam usadas como fundamento para negativa de direitos; moralismo majoritário – a essência do constitucionalismo está na proteção de minorias e grupos vulneráveis contra despotismos majoritários, no caso, pelos princípios da igualdade e da dignidade humana, que vedam discriminações arbitrárias).

<sup>41</sup> O Ministro Ayres Britto destacou que o vocábulo *homoafetividade* foi cunhado por Maria Berenice Dias para se superar o estigma de preconceito das palavras *homossexualismo* e *homossexualidade*, de sorte a se destacar o afeto destinado a pessoa do mesmo sexo, vocábulo este que transcendeu a seara jurídica para ser acolhido nos dicionários da língua portuguesa, como o Dicionário Aurélio, verbete que diz utilizar “*para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos*” em uma “*União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais*”, ou seja, um “*vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil*”, pois “*Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar*

a máxima kelseniana segundo a qual aquilo que não é proibido tem-se por permitido. Logo, reconhecendo um direito de todos ao uso da própria sexualidade desde que não a use para oprimir a sexualidade alheia (opressão que ocorre no estupro e na pedofilia), afirmou que deve ser reconhecida *igualdade pura e simples* entre as uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas, *o que só será possível caso se reconheça que aquelas formam entidades familiares da mesma forma que estas*, entendendo “entidade familiar” como sinônimo perfeito de “família”. Família compreendida como núcleo doméstico e como “vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada”.

Sobre o §3º do art. 226 da CF/1988, afirmou que tal dispositivo visou estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre homens e mulheres, em razão de se saber que ainda hoje a mulher que se une em companheirismo com um homem *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva como ranço do patriarcalismo entre nós, “*nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade*”<sup>42</sup>. Nesse momento, a advertência para “*que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito*”, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/1969” (cuja afirmação de que “a família é constituída pelo casamento...” gerou entendimento prevalecente de que ele protegia “apenas” a família matrimonializada). Ou, citando Sérgio da Silva Mendes, “*que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto*”. Assim, julgou procedente a ação para atribuir “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” (parte dispositiva da decisão do STF).

Excelente o voto do Ministro. Entende-se, apenas, que não deveria se preocupar em afirmar um que o silêncio constitucional seria “*intencional*”, pois, *data venia*, intencional ou não, o silêncio normativo implica lacuna passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia. Faço tal afirmação por entender inconstitucional a teoria do *silêncio*

---

*emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro*”.

<sup>42</sup> Entendeu o Ministro Ayres Britto que não há nada na Constituição atrele a compreensão de família à conjugalidade heteroafetiva (a casais heteroafetivos) e que é com base no citado entendimento sobre a família que deve ser interpretado o art. 226 e seus parágrafos, “*interpretando por forma não reducionista o conceito de família*”, donde a coerência com os princípios constitucionais enseja “*a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família*. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos”. Assim, tanto sobre a união estável quanto sobre o casamento civil, afirmou que “*tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade de protagonização por pessoas do mesmo sexo*”, mesmo porque “*não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem*” e que “*não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º*” (grifos nossos).

*eloquente*<sup>43</sup>, que visa atribuir a um silêncio supostamente intencional o mesmo caráter de uma proibição explícita, o que contraria frontalmente o art. 5º, inc. II, da CF/1988. Isso porque, ao afirmar que ninguém será obrigado a algo senão em virtude *de lei*, dito dispositivo exige texto normativo expresso ou, no mínimo, norma jurídica implícita (atribuída a texto normativo) para se reconhecer que haveria a proibição em questão (o que reitero para os demais votos que também mencionaram, embora rejeitando, neste caso, a teoria do silêncio eloquente). Feita esta ressalva, o voto é paradigmático e preciso em seus demais fundamentos, inclusive na equiparação da discriminação por orientação sexual à discriminação por sexo/gênero: não por motivos *essencialistas*, como se só merecesse proteção quem *nascesse* de determinada forma, na medida em que as pessoas têm o direito fundamental à *liberdade* de fazerem o que bem entenderem, desde que não prejudiquem terceiros; mas no sentido de ser igualmente sem sentido alguém ser discriminado nem por seu sexo/gênero, nem por sua orientação sexual – e o Ministro afirmou que o rol de *critérios suspeitos* do art. 3º, IV, da CF/88 elenca situações em que não se afigura justo discriminar. Obviamente, nenhuma discriminação arbitrária é válida, mas o dispositivo constitucional elenca critérios historicamente utilizados para diferenciações arbitrárias, o que justifica impor-se um maior ônus argumentativo para justificar constitucionalmente discriminações a eles. Sobre o tema, com base na teoria das classificações suspeitas de países do *common law*, defendo que se tenha que provar um *importante fim estatal* junto à *pertinência lógico-racional* da discriminação por *critérios suspeitos*, a uma para não se tornar inócua e meramente simbólica a previsão de tais critérios, a outra porque este critério intermediário, superior à mera pertinência lógico-racional e inferior à demonstração da indispensabilidade estreitamente relacionado a um indispensável interesse estatal (*compelling state interest*), mostra-se de possível cumprimento (na jurisprudência estadunidense, o *compelling state interest* mostra-se como praticamente impossível de ser superado)<sup>44</sup>.

O *Ministro Luiz Fux* afirmou inicialmente o dever do Estado atuar positivamente para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos deles necessitados. Em seguida, reconheceu a homossexualidade como um *fato da vida* que independe da vontade dos próprios homossexuais<sup>45</sup>. Adiante, afirmou que o *conceito ontológico de família* é formado pelo “*amor familiar*, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do

---

<sup>43</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 416.

<sup>44</sup> VECCHIATTI, *Op. Cit.*, pp. 96-97.

<sup>45</sup> O Ministro iniciou fixando algumas premissas fundamentais: (i) a homossexualidade é um fato da vida, ante a existência de indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população; (ii) a homossexualidade é uma *orientação* e não uma *opção*, por já ser corrente na comunidade científica que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo, ressaltando não ser razoável imaginar que, mesmo no seio de uma comunidade encharcada de preconceitos, as pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida dissonante das expectativas morais da maioria, de sorte a sujeitarem-se à discriminação, ao ódio e à violência; (ii.1) o indivíduo é homossexual simplesmente porque o é, pois a única opção que o indivíduo faz é a publicidade ou o segredo sobre esse traço de sua personalidade, ante ser predeterminada sua orientação sexual (independentemente de sua origem, se genética, social, ambas ou outras); (iii) a homossexualidade não é uma ideologia ou crença; (iv) os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência mútua, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida, o que simplesmente ocorre e continuará ocorrendo, como prova o CENSO/2010, com a constatação de 60 mil casais homoafetivos autodeclarados, sendo perfeitamente presumível que muitos outros não tenham se autodeclarado enquanto tais [por força do medo de preconceito social]; (v) não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas, ante a reserva legal para vedação de condutas dos indivíduos constante do art. 5º, inc. II, da CF/1988, donde não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas.

grupo”, pela “*comunhão*, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum” e pela “*identidade*, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade”. Assim, concluiu que “Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”, razão pela qual, afirmando que a união homoafetiva se enquadra neste conceito ontológico de família da mesma forma que a união heteroafetiva, e por constatar a existência de lacuna normativa na Constituição por força da não regulamentação aliada à não proibição da união homoafetiva no Direito brasileiro, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar merecedora da proteção do regime jurídico da união estável<sup>46</sup>, ante a inexistência de motivação válida ante a isonomia a justificar tratamento diferenciado a ela relativamente àquele dispensado à união heteroafetiva<sup>47</sup>. Inclusive mediante o exercício da *função contramajoritária* do Poder Judiciário na guarda dos direitos fundamentais em face da ação da maioria ou, como neste caso, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos na medida em que, embora *canetas de magistrados* não sejam capazes de acabar com o preconceito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Rechaçou a anacrônica *teoria da inexistência do ato jurídico* com base no célebre brocardo romano segundo o qual “*ubi societas, ibi ius*”, ou seja, “onde está a sociedade, está o Direito”, no sentido de que o Direito deve seguir a evolução social [que não prejudique terceiros], estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Assim, considerou que “*o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito*”, no caso, tratamento jurídico enquanto entidade familiar constitucionalmente protegida. Portanto, por não vislumbrar nada no art. 226, § 3º, da CF/1988 que impedisse a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas por sua mera literalidade, por entender que se trata de norma de caráter nitidamente emancipatório que não deve ser interpretada de forma restritiva<sup>48</sup>, votou pela procedência das ações para reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva.

Precisas as colocações do Ministro Fux, na medida em que a definição do conceito ontológico de família é fundamental para a análise do caso, pois sendo a *família conjugal* o objeto valorativamente protegido pelos regimes jurídicos da união estável e do casamento civil, a

---

<sup>46</sup> Afirmou o Ministro Fux que do ponto de vista ontológico “*nada distingue as uniões estáveis heteroafetivas das uniões estáveis homoafetivas*”, pois assim como companheiros heteroafetivos, companheiros homoafetivos ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia a dia; projetam um futuro comum, donde, sendo ontologicamente simétricas, devem ambas ser reconhecidas como entidades familiares com mesma proteção estatal.

<sup>47</sup> Destacou o Ministro que “*uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença*”, o que afirmou para, com base na lição de Maria Martin Sanchez, aduzir que a limitação da liberdade do indivíduo pelo não reconhecimento ou pela omissão legal só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação, entendendo não existir nada do gênero cuja proteção necessite de tal restrição aos direitos dos casais homoafetivos.

<sup>48</sup> Afirmou o Ministro Fux que “*não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (‘entre homem e mulher’). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil*”, donde urge renovar este espírito emancipatório para estender a garantia institucional da família às uniões homoafetivas.

ausência de proibição normativa à união homoafetiva nos textos normativos respectivos caracteriza lacuna normativa colmatável por interpretação extensiva ou analogia, colmatação decorrente do enquadramento da união homoafetiva no conceito ontológico de família, precisamente definido pelo Ministro – e que é análogo ao conceito de família aqui defendido, doutrinariamente como o *amor familiar*, a saber, aquele que visa uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura<sup>21</sup>. Logo, considerando que a união homoafetiva forma uma família conjugal da mesma forma que a união heteroafetiva, tem-se por cabível interpretação extensiva ou analogia para se reconhecer a união estável homoafetiva (e o casamento civil homoafetivo). Excelente, ainda, sua refutação da anacrônica “*teoria da inexistência do ato jurídico*” (ato este existente no mundo fático), teoria esta flagrantemente inconstitucional por afronta ao art. 5º, inc. II, da CF/1988. Com efeito<sup>49</sup>, ela se trata de uma inacreditável invenção doutrinária que objetiva burlar a regra segundo a qual *não há nulidade sem texto* (regra esta que tem seu fundamento teleológico no art. 5º, inc. II, da CF/1988, no sentido de exigir texto legal para se reconhecer uma proibição/restrição), pois visa atribuir ao ato taxado de *inexistente* a mesma consequência atribuída ao ato nulo (destruição dos efeitos produzidos com eficácia *ex tunc* – e expurgar do mundo jurídico um ato com eficácia *ex tunc* equivale a dizer que dito ato é proibido pelo Direito), com a enorme diferença de que as *condições de validade* (cuja afronta gera *nulidade*) estão expressamente previstas pela lei, ao passo que as supostas “condições de existência” (cuja afronta ensejaria a *inexistência jurídica* de atos que existiram faticamente) não o são, ficando a cargo do *subjetivismo/decisionismo do intérprete* a sua definição. A própria doutrina não tem o menor pudor de reconhecer que dita *teoria da inexistência* surgiu na época do Código Napoleônico como forma de se proibir o casamento civil homoafetivo em um sistema legal que não o vedava e segundo o qual tudo que não estava expressamente proibido pela lei tinha-se como permitido<sup>50</sup>. Logo, trata-se de teoria inaceitável, sendo inacreditável que tenha sido aceita sem reservas pela doutrina em geral, mesmo a teor daquele caráter fraudulento de sua formulação, visto que foi criada para se burlar a regra segundo a qual *não há nulidade sem texto* com o intuito de se proibir o casamento civil homoafetivo mesmo sem fundamento legal para tanto. Contudo, mesmo abstraindo desta discussão e aceitando-se a validade da teratológica teoria da “inexistência de atos que existiram no mundo fático”, *o entendimento do amor familiar como o elemento formador da família contemporânea afasta a colocação da diversidade de sexos/gêneros como “essencial” ao casamento civil e à união estável*, pois, a partir do momento em que se percebe que as uniões homoafetivas são famílias conjugais pautadas pelo *amor familiar* e que casamento civil e união estável são regimes jurídicos que visam proteger as famílias conjugais,

---

<sup>21</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, cap. 05, item 2.4.1 (pp. 169-185).

<sup>49</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, pp. 415-416.

<sup>50</sup> Não é nada menos o que expõe GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, 5ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 125, ao afirmar que a teoria foi concebida para “*contornar, em matéria de casamento, o princípio de que não há nulidade sem texto*”. No mesmo sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência Validade e Eficácia**, 4ª Ed., 5ª Tiragem, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pp. 157-158, que chamou a declaração de inexistência jurídica de casamento no qual a mulher se recusou a consumar o ato mediante conjunção carnal de “*um caso de nulidade não prevista, a repetir as hipóteses que deram origem à teoria da inexistência*”. Na mesma linha, DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 22ª Ed., 2ª Tiragem, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 52, que reconhece que “*o conceito de casamento inexistente apareceu na França, em razão do princípio de que não pode haver nulidade de casamento sem expressa disposição legal, rejeitando assim as nulidades virtuais em matéria matrimonial*”, tese esta que, a nosso ver, afirma tais “nulidades virtuais” sob o rótulo de “atos inexistentes”, algo inadmissível à luz do art. 5º, inc. II, da CF/1988, que exige norma jurídica proibitiva para proibições jurídicas.

percebe-se que ele (*amor familiar*) é a condição essencial para o casamento civil e não a diversidade de sexos/gêneros.

A Ministra Cármen Lúcia afirmou que o art. 226, § 3.º, da CF/1988 deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais, por não parecer razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema. Dessa forma, o fato de o citado dispositivo constitucional usar a expressão “entre o homem e a mulher” não pode significar que a união homoafetiva seria constitucionalmente *intolerável e intolerada*, por isto contrariar os pilares normativo-constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com “*integral respeito às livres escolhas das pessoas*”<sup>51</sup>. A Ministra realçou o princípio da igualdade sob o fundamento de que as pessoas têm o direito de ser tratadas igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de serem respeitadas como diferentes em tudo que configure a individualidade de cada um. Por isso, afirmou que “*a escolha da vida em comum com quem quer que seja*” é uma “*eleição*” que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. Assim, afirmou a Ministra que aqueles que “*fazem opção pela união homoafetiva*” não podem ser desiguais em sua cidadania, pois ninguém pode ser tido como cidadão de *segunda classe* porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida coerente com o que a maioria tenha como certo, válido ou legítimo. Isso porque não pode o preconceito diminuir a cidadania de quem, por razões de afeto e “*opções de vida*” resolve adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como *o comum*. Dessa forma, parece-lhe que a interpretação correta da norma constitucional é a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que “*cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida*”, aí incluída a vida afetiva com o outro como uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a sua integridade humana. Razão pela qual, com base no direito fundamental à intimidade (para proteger a eleição sentimental feita pelas pessoas sem discriminações arbitrárias) e ao pluralismo social (possibilidade de manifestação de todas as “*opções livres dos indivíduos*”, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções, também sem discriminações arbitrárias), afirmou que a “*escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo*” não pode ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal. Isso em razão de exegese contrária contrariar os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social na medida em que as “*escolhas pessoais livres e legítimas*”, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas. Dessa forma, julgou procedentes as ações para reconhecer a família conjugal homoafetiva com os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas.

---

<sup>51</sup> Afirma a Ministra Cármen Lúcia que embora a referência expressa a homem e mulher garanta a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios, nisso não significa que se não for um homem e uma mulher a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Disse que, bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, “*qualquer que seja a escolha do seu modo de vida*”, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a serem tratados com igualdade em sua humanidade, ao respeito e à intimidade devidamente garantidos, visto que para ser digno há que ser livre e a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da “*liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem*”, ao passo que não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto, se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o “*exercício da livre escolha do modo de viver*”, pondo-se aquele que “*decidiu exercer o seu direito a escolhas pessoais livres*” como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, ou seja, à sombra do Direito. Entende que, tendo a República posto entre seus objetivos fundamentais o bem-estar de todos sem preconceitos, não pode ser tida como válida a inteligência de regra legal se isto conduzir ao preconceito e à discriminação.

O voto da Ministra Cármen Lúcia é interessante porque, apesar de partir de um erro conceitual por considerar a orientação sexual uma “opção” (pois ninguém “escolhe” a sua orientação sexual<sup>52</sup>, apenas se descobrindo como hétero, homo ou bissexual – bem como como travesti, transexual ou cisgênero, no caso da identidade de gênero), aponta para algo que deveria ser uma obviedade jurídica, a saber, que as opções/escolhas de alguém não devem ser reprimidas ou menosprezadas pelo Direito quando não tragam prejuízos a terceiros. Ao passo que uma parte da população ser homossexual e bissexual e desejar manter relações conjugais homoafetivas não traz prejuízo nenhum às pessoas heterossexuais e que desejam manter relações conjugais heteroafetivas (o mesmo valendo para as identidades de gênero transgêneras). Portanto, ausente fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação negativa das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas, discriminação esta inconstitucional por afronta ao princípio da igualdade. Dessa forma, precisa a afirmação da Ministra no sentido de que a interpretação sistemática do art. 226, § 3.º, da CF/1988 com as demais normas constitucionais, como a atinente à isonomia, demanda pelo reconhecimento de que a ausência de proibição normativa à união estável homoafetiva implica o reconhecimento da possibilidade jurídica desta, por interpretação extensiva ou analogia – por força dos princípios instrumentais da unidade da Constituição, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais, acrescento.

O *Ministro Lewandowski* afirmou entender não ser cabível o uso da analogia para reconhecer a união homoafetiva como união estável por entender que os constituintes de 1988 visaram limitar a união estável apenas à união heteroafetiva. Afirmou que ainda que o juiz possa trabalhar para atualizar a norma ao *zeitgeist* [espírito do tempo] contemporâneo, a interpretação não pode ultrapassar os “limites objetivos do direito posto” e “a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes *objetivamente* delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*” [na clareza, cessa a interpretação]. Por isso, entendeu que a Constituição reconhece a união estável “só” entre homem e a mulher [não obstante este “só” não esteja escrito no dispositivo constitucional]. *Todavia*, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar autônoma, pelo caráter exemplificativo do rol de famílias listado pelos parágrafos do art. 226 da CF/1988<sup>53</sup> (por este não ter repetido a redação do art. 175 da Constituição

---

<sup>52</sup> Apesar de difundida, a expressão “opção sexual” é pautada por um grave erro conceitual, ante ninguém escolher ser homo, hétero ou bissexual, simplesmente se descobrindo de uma forma ou de outra (ninguém “escolhe/decide” ter um desejo erótico-afetivo por pessoas do mesmo sexo, de sexo diverso ou de ambos os sexos – as pessoas simplesmente descobrem o desejo que lhes é inerente), bem como pela impossibilidade de se mudar a própria orientação sexual, mas apenas de reprimi-la, pois os desejos erótico-afetivos que a pessoa reprime continuam existindo dentro dela (as difundidas “terapias de cura” da homossexualidade acabam simplesmente por convencer a pessoa a reprimir seu desejo erótico-afetivo por pessoas do mesmo sexo e incentivando-a a manter relacionamentos conjugais com pessoas do outro sexo, o que não faz com que o desejo erótico-afetivo por pessoas do mesmo sexo “desapareça”, mas apenas fique reprimido no seu íntimo).

<sup>53</sup> O Ministro citou a lição de Suzana Borges Viegas de Lima, no sentido de que o rol de entidades familiares do art. 226 é meramente exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais, donde afirmou a autora que é essencial que se considere a evolução da família a partir dos seus aspectos civis e constitucionais a partir dos fenômenos da publicização, repersonalização e constitucionalização do Direito das Famílias, para, assim, poder-se promover a afirmação das relações homoafetivas [enquanto entidades familiares]. Citou, ainda, a lição de Paulo Lôbo, segundo a qual a o § 4º do art. 226 traz uma “*cláusula geral de inclusão*” por força do termo “*também*” ali constante, pois “*Também*’ tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros”, donde “*Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto*”, razão pela qual concluiu que os tipos mencionados pelos parágrafos do art. 226 devem ser tidos como meramente exemplificativos, devendo as demais entidades familiares serem consideradas como implícitas no “*conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput*”, passível de concretização a partir da experiência da vida, dotada de ductibilidade e adaptabilidade em

anterior, que afirmava que “a família é constituída pelo casamento...”), afirmando-a como um novo gênero de família, fora do rol do art. 226, por força de leitura sistemática do texto constitucional para se dar concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e não discriminação por orientação sexual. Afirmou que “*as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, ex facto oritur jus*” [dos fatos surge o direito]. Por tais razões, entendeu cabível o reconhecimento à união homoafetiva dos mesmos direitos concedidos à união heteroafetiva por analogia<sup>54</sup>, “*naquilo em que não seja indispensável à diversidade de sexos*”<sup>55</sup>, embora não tenha afirmado em que casos a diversidade de sexos seria necessária.

O voto do Ministro Lewandowski merece críticas em sua exegese de não cabimento de analogia para reconhecer a união homoafetiva como “*união estável*”, na medida em que se pautou por um *originalismo interpretativo*, entendido como método de interpretação que visa interpretar determinado dispositivo constitucional com base na suposta intenção dos “*pais fundadores*” da Constituição – no caso, dos Constituintes de 1988. Primeiramente, por ignorar que esta forma de julgar impede qualquer uso efetivo da *mutação constitucional (ou interpretações construtivas/evolutivas* em geral), impedindo assim evoluções interpretativas sobre os textos normativos, pois se o dispositivo constitucional tiver que ser interpretado sempre de acordo apenas com a intenção de seus elaboradores, então será impossível concluir que a norma imaginada por seu elaborador atingiria um fato distinto daquele por ele imaginado, o que é profundamente anacrônico<sup>56</sup>. Por outro lado, desconsidera a *teoria objetiva da interpretação*, segundo a qual “a lei é mais sábia que o legislador”, o que significa que não importa o que o elaborador da lei quis dizer, considera-se apenas o que ele disse, no sentido de que aquilo que se interpreta é o texto concretamente aprovado e vigente e não a suposta “*intenção*” daquele que a elaborou. Vale aqui a

---

um conceito de tipicidade aberta. Citou, ainda, a lição de Álvaro Villaça, no sentido de que nada mais precisa dizer o Constituinte senão o que consta do *caput* do art. 226, segundo o qual a família merece especial proteção do Estado, “podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque *ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família. O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor*” (grifo nosso).

<sup>54</sup> O Ministro citou a lição de Canotilho no sentido de que cabe a integração analógica quando determinadas situações que devem se considerar reguladas pelo texto constitucional não estão previstas e não possam ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais considerados em sua letra e sua *ratio*, hipótese na qual a lacuna constitucional somente existe quando contrária ao plano regulativo e a teleologia da ordenação constitucional.

<sup>55</sup> No original: “Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus* [onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo Direito], que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações”. O Ministro, todavia, não explicou, nem exemplificativamente, que situações seriam “aquelas que [supostamente] exi[giriam] a diversidade de sexo para o seu exercício”...

<sup>56</sup> Não teria sido possível, por exemplo, a evolução na compreensão da Suprema Corte dos EUA sobre os direitos civis dos negros, saindo de sua postura segregacionista para posteriormente considerá-los absolutamente iguais aos brancos com base no mesmo dispositivo constitucional, elaborado em uma época em que negros eram considerados pela sociedade estadunidense como “inferiores” aos brancos, donde este originalismo interpretativo impediria dita evolução na compreensão da norma constitucional da igualdade.

célebre frase de Geraldo Ataliba<sup>57</sup>, segundo a qual a eventual intenção do legislador nada vale para a interpretação jurídica, pois *a Constituição é muito mais do que os constituintes quiseram: ela é o que eles fizeram*, pois, como diz (o hoje Ministro) Luís Roberto Barroso<sup>58</sup>, “*uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores*”, donde “*O intérprete, ensinou Ferrara, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a mens legis e não a mens legislatoris*”. Mesmo para fins de interpretação histórica, não é a *mens legislatoris* fator relevante: o que importa ser investigado na interpretação histórica é a *occasio legis*, isto é, a circunstância histórica que gerou o nascimento do texto normativo e que constitui sua finalidade imediata<sup>59</sup>, atuando a *occasio legis* como forma de se localizar a *ratio legis*, ou seja, a finalidade do texto normativo<sup>60</sup>.

Ademais, também não merece acolhida a fala do Ministro no sentido de que sua posição [originalista] não significaria afirmar o juiz como mera boca que pronuncia as palavras da lei, mas reconhecer os *limites objetivos do direito posto*, pois os *limites objetivos* do direito *posto* e, assim, da interpretação jurídica são aqueles constantes do texto normativo, não na suposta intenção de seus elaboradores. Ou seja, o Ministro confundiu *limites objetivos* do direito *posto* com a “intenção do legislador”. Ao passo que é lição assente na doutrina constitucionalista que, a despeito da norma ser fruto da interpretação do texto normativo, a interpretação deve respeitar os *limites semânticos* do *texto*, não os supostos *limites* da “intenção dos elaboradores” do texto normativo. Aliás, até a menção ao anacrônico brocardo *in claris cessat interpretativo* foi equivocada, pois este visava impedir a interpretação de *textos* claros, não impedir a evolução da interpretação normativa com base na intenção do legislador, que foi o que o Ministro defendeu no caso. Em suma, são irrelevantes as *concepções* dos legisladores que aprovaram os textos normativos quando respeitados os *conceitos* regulamentados por estes, o que significa que, tendo o art. 226, § 3º, da CF/1988 visado reconhecer o *conceito de família conjugal não matrimonializada como união estável*, o julgador deve investigar o que constitui o *conceito* de família conjugal contemporâneo, não a *concepção* que o legislador constituinte tinha de família conjugal, sob pena de petrificarmos a interpretação da norma jurídica de forma a impedir qualquer evolução em sua concepção.

Por outro lado, merece aplausos o Ministro por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar autônoma a despeito de (equivocadamente) não reconhecê-la como união estável. Foi precisa a lição do Ministro no sentido do caráter meramente exemplificativo do rol de famílias estabelecido pelos parágrafos do art. 226 da CF/1988, o que se dá pelo fato de não ter dito dispositivo constitucional afirmado que eram reconhecidas “*apenas*” aquelas entidades familiares, bem como pela diferença de redações deste dispositivo com o correspondente art. 175 da CF 1967/69, que afirmava que era a *família constituída pelo casamento* aquela reconhecida pelo Estado, o que era (equivocadamente) interpretado como proibitivo do

---

<sup>57</sup> Cf. ATALIBA *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 132, em nota de rodapé.

<sup>58</sup> BARROSO, *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>59</sup> A definição de *occasio legis* é de BARROSO, *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>60</sup> Este artigo não é o local adequado para se debaterem questões de pura hermenêutica jurídica. Anote-se, apenas, que adoto a concepção que dá prevalência ao critério teleológico sobre os demais – a meu ver, a *occasio legis* (critério histórico) visa determinar a finalidade (critério teleológico) pretendida com o texto normativo, ao passo que os signos linguísticos (critério gramatical) são formas de se expressar o objetivo pretendido com o texto, interpretado sistematicamente com os demais (critério sistemático), para assim obtermos um todo harmônico de normas em nosso ordenamento jurídico.

reconhecimento de outras formas de família. Como o art. 226 da CF/1988 reconheceu que a *família* merece especial proteção do Estado, então visou proteger *qualquer família*, não uma determinada forma de família ou algumas formas específicas, consoante a precisa lição de Paulo Lôbo<sup>61</sup>, pertinentemente citada pelo Ministro em seu voto. Assim, ainda que se entenda que a suposta “intenção do Constituinte de 1988” teria sido a de limitar a união estável apenas a casais heteroafetivos para, assim, descabidamente caracterizar-se uma “proibição implícita” ao reconhecimento da união homoafetiva como união estável, a caracterização da união homoafetiva como entidade familiar autônoma relativamente àquelas expressamente previstas não resta abrangida por esta suposta “proibição implícita” (que abarca somente a união estável e, assim, implica efetivamente a permissão de uso da analogia para garantir a ela os mesmos direitos conferidos à união estável heteroafetiva, visto ser o instituto jurídico mais próximo à união homoafetiva já que ambas as hipóteses versam sobre uma *família conjugal*).

A *Ministra Ellen Gracie* iniciou sua fala<sup>62</sup> ressaltando a proteção da família pelo Direito Brasileiro e aduzindo que a família existe quando haja durabilidade, não clandestinidade, continuidade e ausência de impedimentos matrimoniais na relação. Afirmou que a evolução acerca da compreensão sobre a homossexualidade se iniciou com o Código Napoleônico, que a descriminalizou, mas que tal evolução ainda precisa superar barreiras para que se alcance a igualdade plena entre homossexuais e heterossexuais, o que o STF faz mediante o reconhecimento judicial das uniões homoafetivas, como feito no Canadá e África do Sul por suas Cortes Supremas. Citou as palavras do premiê espanhol Jose Luis Zapatero no sentido de que não estamos tratando de pessoas distantes e desconhecidas, mas que estamos alargando as oportunidades de felicidade para nossos vizinhos, nossos colegas de trabalho, nossos amigos e nossa família, pois uma sociedade decente é aquela que não humilha seus integrantes. Por fim, afirmou que esta decisão do Supremo restitui aos homossexuais o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade.

Inexplicavelmente, o voto da Ministra Ellen Gracie, que se aposentou logo após o julgamento, não foi disponibilizado no inteiro teor do acórdão, publicado após sua aposentadoria. Dito isso, cumpre aplaudir as palavras da Ministra, bem como destacar que o conceito de família por ela citado abarca as uniões homoafetivas (união pública, contínua e duradoura despidas de impedimentos matrimoniais), o que, aliado à lacuna normativa oriunda da ausência de proibição a ela, demanda pelo seu reconhecimento enquanto entidade familiar por interpretação extensiva ou analogia. Ou, ainda que assim não se entendesse, como entidade familiar autônoma justamente por se enquadrar no conceito ontológico de família protegido pela Constituição, como bem demonstrado pelo voto do Min. Luiz Fux, pelo rol do art. 226 da CF/1988 ser meramente exemplificativo, como destacado pelo voto do Ministro Lewandowski.

O *Ministro Gilmar Mendes* proferiu um longo voto cuja essência se consubstancia no seguinte: quando a omissão normativa gera discriminações em temas de direitos fundamentais, cabe à jurisdição constitucional atuar positivamente para garantir ao grupo

---

<sup>61</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, pp. 6, 58-60.

<sup>62</sup> A Ministra Ellen Gracie não leu a íntegra de seu voto, mas apenas poucos trechos. Fonte: <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2674091/ministra-ellen-gracie-acompanha-voto-do-relator-reconhecendo-a-união-homoafetiva>>. Acesso em: 20 set. 2011.

discriminado o gozo de tais direitos, estendendo o regime constitucional ou, na impossibilidade semântica de tal extensão, mediante a garantia de tais direitos por analogia ou interpretação extensiva<sup>63</sup>. Analisemos as razões por ele desenvolvidas para tanto.

Iniciou seu voto ressaltando que viu com alguma preocupação a formulação do pedido de *interpretação conforme* porque, em princípio, o texto legal parecia não fazer nada mais do que reproduzir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher, mas se curvou ao argumento trazido de que essa norma tem servido para fundamentar decisões jurisprudenciais no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, ou seja, com o objetivo de se negar reconhecimento à da união homoafetiva, o que não considera admissível. Aplauda a atuação positiva do STF no caso por ser um crítico ferrenho do argumento de que o Tribunal não poderia fazer isso porque assim se comportaria como um “legislador positivo” (argumento este que o Ministro Marco Aurélio afirmou considerar uma visão míope de atuação da Suprema Corte), por aqui ser inequívoco que o Tribunal está assumindo um papel de caráter positivo, ainda que de caráter provisório, até o legislador efetivamente atuar. Entende que tal vedação à atuação positiva do Tribunal deve ser relativizada diante de prestações que envolvam a produção de norma ou de mecanismo de proteção relativamente a direitos fundamentais, nos quais deve haver uma resposta de caráter positivo, pois se o sistema falha de alguma forma na composição dessa resposta e o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o sistema político, é óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.

Afirmou que nas sustentações orais formuladas se aventou o tema sob o enfoque do reconhecimento do direito das minorias, oportunidade na qual destacou seu entendimento esposado em votos anteriores sobre este ser o *ethos* fundamental da jurisdição constitucional, sendo que no caso específico o que se pede é um *modelo mínimo de proteção institucional* como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discriminação<sup>64</sup>. A respeito da indagação sobre dever ou não da jurisdição constitucional deixar o Congresso Nacional encaminhar o tema diante das acusações de ativismo judicial (excesso de atuação jurisdicional), considera que o quadro que se tem é de inércia, de não decisão, no qual cabe ao Tribunal atuar para garantir o direito fundamental em questão. Assim, parece-lhe evidente que não estamos a falar apenas de uma falta de disciplina que permita o desenvolvimento de uma política pública, mas sim de tema relativo a *direitos fundamentais básicos*. Entende que a doutrina nacional não tem se ocupado como deveria do direito que cada indivíduo tem de *autodesenvolvimento de sua personalidade*, o qual existe no nosso sistema a partir do direito de liberdade. Entende que o direito

---

<sup>63</sup> Em síntese, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que o art. 1.723 do CC/2002 tem sido usado com objetivo de obstar o reconhecimento da união estável homoafetiva, donde cabível o pedido de *interpretação conforme à Constituição* em razão de o não reconhecimento não ser compatível com a Constituição. Afirmou que, se o sistema político falha na garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, é óbvio que a resposta do STF só poderá ser de caráter positivo, de sorte a garantir tais direitos. Citou a importância da *teoria semântica* da norma jurídica, para que se apresente uma fundamentação compatível com o texto constitucional, de sorte a não se passar a impressão de que estaria o Tribunal a interpretar a Constituição conforme sua mera vontade, o que deslegitimaria o STF. Citando o relator, disse que o fato de o texto constitucional dizer que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher não significa proibir a união estável ou civil entre duas pessoas do mesmo sexo, razão pela qual são procedentes as ações para se garantir à união homoafetiva o regime jurídico da união estável, por ser aquele que lhe é mais próximo.

<sup>64</sup> Proteção esta que deveria ser feita pelo Congresso Nacional, mas, considerando que também foram destacadas da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório em razão das íntimas controvérsias sociais sobre o tema, entende restar clara a dificuldade do modelo representativo atuar sobre o tema, por conta do preconceito que está presente em uma parcela significativa da sociedade acerca do tema.

à orientação sexual está contemplado nessa ideia de autodesenvolvimento, de exercício de liberdade, sendo que a falta de um modelo institucional que abrigue essa “opção” acaba militando/contribuindo para o quadro de discriminação. Assim, afirmou que, a rigor, a pretensão que se formula perante o Tribunal tem base nos direitos fundamentais a partir da própria ideia do direito de liberdade, de igualdade, apontando que aqueles que fazem essa “opção”, se não encontrarem o modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação, uma vez que, nesse contexto, o Estado tem um *dever de proteção* relacionado a esses direitos elencados.

Como outra dificuldade a se vencer, afirmou que a legitimação do STF enquanto Corte Constitucional decorre da aplicação da Constituição enquanto norma e, para isso, não se pode ler no texto constitucional o que se queira. Por isso, ante a literalidade do art. 226, § 3º, da CF/1988, o Tribunal tem a obrigação de explicitar os fundamentos que justificam uma leitura inclusiva da união entre pessoas do mesmo sexo “*diante de um texto tão claro*”<sup>65</sup> que declara a união estável entre um homem e a mulher. Texto este que inclusive faz com que alguns vislumbrem um *silêncio eloquente* a vedar tal reconhecimento, o que não considera como consequência inevitável, pois também entende que há aqui outros direitos fundamentais envolvidos, associados ao livre desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base nos princípios da igualdade, da liberdade e da não discriminação, por estes demandarem um *dever de proteção*. Contudo, considera que é preciso dizê-lo de forma clara para o Tribunal não passar a impressão de que estaria a decidir com base em um voluntarismo, em uma interpretação apelativa a denotar que estaria interpretando o texto constitucional de certa forma por sua mera vontade, o que levaria à sua deslegitimação<sup>66</sup>. Assim, diante da “*clareza*” do texto constitucional, chegou até a especular sobre a existência de uma possível lacuna, pois se o Tribunal reconhecer que há direitos a uma proteção que encontre todos os seus correspondentes deveres de proteção, impõe-se algum tipo de solução, em razão da importância desse modelo de proteção institucional na vida social<sup>67</sup>. Não considera fáceis todos os problemas que decorrem dessa “opção”, considerando muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e aquela pessoas do mesmo sexo. Lembrou que toda a construção jurisprudencial feita ao longo dos anos sempre foi feita em questões tópicas [pontuais], de direitos da concubina, de equiparações de situações funcionais etc, com a jurisprudência antecipando de alguma forma as legislações, mas sempre em caráter tópico.

---

<sup>65</sup> Momento no qual o Ministro Ayres Britto, em aparte, destacou que, no seu voto, foi dada uma interpretação a esse texto para além de sua literalidade, para dele extrair a *ratio* de proteção, inclusão e afirmação da mulher em contraposição ao homem no estreito âmbito do núcleo doméstico, em contraposição constitucional ao nosso ranço patriarcalista. Em seguida, o Ministro Luiz Fux afirmou que essa ação foi proposta para se dar ao art. 1.723 do CC/2002 interpretação conforme à Constituição à luz dos princípios constitucionais dos quais também emergem direitos e normas, de sorte que os pedidos e as razões dos pedidos são mais amplos que o formato do art. 226, § 3º, da CF/1988. O Ministro Marco Aurélio ressaltou a existência de princípios explícitos e implícitos, lembrando fala do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de ser isto algo bem lançado pelo rol das garantias constitucionais.

<sup>66</sup> O Ministro Ayres Britto ressaltou que esse voluntarismo nem a Suprema Corte tem o direito de exercer, ao passo que o Ministro Marco Aurélio destacou que a atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência.

<sup>67</sup> O Ministro Gilmar Mendes lembrou aqui de toda a movimentação em torno da Emenda do Divórcio, relativamente a pessoas que não podiam se casar em razão do óbice constante do impedimento constitucional, saudada como uma *emenda de libertação* de todas essas pessoas que aguardavam de alguma forma ansiosas a regularização daquele estado de fato que estava há muito consolidado, donde se percebe a alta relevância da proteção por um modelo institucional adequado.

Entende que diante de um texto constitucional aberto, que evolui e exige novas aplicações em situações de lacunas, se não puder o Tribunal aplicar a norma tal como está posta, poderia fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível<sup>68</sup>. Esta foi a solução por ele encontrada para o presente caso, ante sua

---

<sup>68</sup> Aqui o Ministro desenvolve sofisticado raciocínio com base nas obras de Zagrebelski e Peter Häberle. Afirma que, segundo Zagrebelski (no seu *Direito Dúctil*), o imperativo teórico da não-contradição não deveria obstaculizar a jurisprudência de intentar realizar positivamente a concordância prática das diversidades e inclusive das contradições: não mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão, principalmente, mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias ou compensatórias que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto. Assim, o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade estatal é o abandono da noção de um único princípio político dominante, de onde se possam extrair dedutivamente todas as execuções concretas sob a base do princípio da exclusão do diferente (“ou dentro, ou fora”), por isto ser contraditório à lei fundamental intrínseca do Direito Constitucional atual, que é principalmente a lógica de múltiplas promessas ao futuro, de modo a se falar em uma maneira de pensar o possível, adotada por Peter Häberle no chamado *pensamento do possível*, como algo particularmente adequado ao Direito do nosso tempo. Algo que, para Zagrebelski, representa para o pensamento o que a concordância prática representa para a razão, considerando o Ministro que uma das importantes consequências da teoria de Häberle é que uma *teoria constitucional das alternativas* seria uma *teoria constitucional da tolerância*. Daí dizer Häberle que o pensamento do possível é o pensamento em alternativas que deve estar aberto a terceiras ou quartas possibilidades, assim como para o compromisso, pois pensamento do possível é pensamento indagativo, que abre perspectivas a novas realidades, para que a realidade de hoje possa corrigir ou adaptar a realidade de ontem, sem que se considere o novo como o melhor. Nessa linha, anota que Häberle aduz que, para um Estado de Liberdade da *res publica*, se afigura decisivo que a *liberdade de alternativa* seja reconhecida também por aqueles que defendem determinadas alternativas. Destaca que o pensamento do possível tem dupla relação com a realidade, uma de caráter negativo, que indaga sobre o também possível, sobre alternativas à realidade, sobre aquilo que ainda não é real, e outro sentido, segundo o qual possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro, sendo a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. O Ministro destacou essa questão para resolver dois casos básicos. Primeiramente, o caso (muito mais técnico) da indicação dos procuradores do trabalho para a função de juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT): como houve multiplicação de TRTs, em pouco tempo já não havia tantos procuradores com dez anos de carreira, exigidos expressamente pela Constituição para referida indicação, donde o Conselho do Ministério Público editou uma resolução “*dizendo o óbvio*”, no sentido de que, não havendo procuradores com mais de dez anos, indicar-se-iam aqueles que já estivessem efetivados, o que ensejou a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra esta resolução, tendo o STF, ao final, com base nessas considerações, reconhecido que era notório que ali havia uma lacuna, por faltar uma norma de caráter transitório que dissesse o que foi dito pela norma do MP, pois, do contrário, as alternativas seriam dramáticas: ou não se nomeavam procuradores e a ideia do quinto e do pluralismo dos tribunais não seria cumprida, ou a indicação de um dos poucos que cumprissem tal requisito retiraria do(a) Presidente a possibilidade de escolha facultada pelo texto constitucional. Assim, o Tribunal acabou acolhendo a argumentação para julgar constitucional a norma, invocando o argumento que destacava o pensamento do possível e também a possibilidade de que aqui houvesse uma possível lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita de colmatação. Para tanto, citou uma passagem de Perelman, que narra um caso segundo o qual entre a guerra de 1914-18, como a Bélgica estava ocupada pelas tropas alemãs, o Rei exercitava sozinho o Poder Legislativo sob a forma de decretos-leis pela impossibilidade de se reunirem as câmaras em consequência da guerra, embora não houvesse permissivo constitucional para tanto, donde, findo o conflito, se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra por editados em contrariedade à Constituição. Sobre o tema, Perelman reiterou os argumentos do procurador-geral belga, no sentido de justificar o acerto da decisão da Corte a despeito de ser manifestamente contrária ao texto constitucional: *uma lei é sempre feita para um período ou regime determinado, adaptando-se às circunstâncias que a motivaram e não podendo delas ir além*, só se concebendo em função de sua necessidade ou de sua utilidade, uma vez que uma boa lei não deve ser intangível, pois vale para o tempo que quis reger, visto que uma lei, constitucional ou ordinária, nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Assim, *havendo fatos que a sabedoria humana não pôde prever, situações em que não pôde levar em consideração, torna-se inaplicável a norma, de sorte a ser legítimo ao Tribunal se afastar (o menos possível) das prescrições legais para fazer frente às brutais necessidades do momento mediante a oposição dos meios provisórios à força invencível dos acontecimentos*. Daí concluir Perelman que interpretar ao pé da letra o art. 130 da Constituição Belga levaria à conclusão de que o acórdão da Corte teria sido *contra legem*, mas *limitando o alcance desse artigo a situações normais e previsíveis*, a Corte introduziu uma lacuna na *Constituição para situações extraordinárias* causadas pela força dos acontecimentos, por força maior, pela necessidade. O Ministro Gilmar Mendes citou, ainda, o RE n.º 147.776, no qual se admitiu a possibilidade de que fosse considerada constitucional aquela disposição que autorizava o MP a representar as vítimas pobres em processos de indenização ou ressarcimento (art. 68 do CPP) (a despeito da nova disciplina constitucional, que atribuía tal competência à Defensoria Pública) enquanto não estabelecida a Defensoria Pública de forma geral, justamente por força desse pensamento do possível. Destacou que, no âmbito eleitoral, foi aplicada essa mesma estrutura argumentativa em pedido formulado por várias pessoas, nos casos de deficiência grave, para que houvesse dispensa ou isenção de participação no processo eleitoral, casos nos quais familiares reclamaram que os enfermos estavam tão doentes ou acometidos de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de tal participação, compreensão esta que seria impossível pela mera leitura do art. 14 da CF/1988, por dito dispositivo não facultar sequer ao legislador essa flexibilização. Mas, novamente, o Ministro suscitou essa indagação para defender que, tendo o

afirmação no sentido de que o fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil ou estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>69</sup>, razão pela qual, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada (art. 226, §3º), poderia o Tribunal sem dúvida encaminhar a solução, como fez o Ministro Lewandowski, a partir da aplicação da **analogia**.

Assim, concluiu seu voto dizendo que, em linhas gerais, está de acordo com o pronunciamento do relator quanto ao resultado, embora com ressalvas acerca da fundamentação. Todavia, anotou que tem certo temor de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a “complexidade do fenômeno social envolvido”, pode preparar surpresas das mais diversas. Entende que um exercício de imaginação institucional, embora estimulante, também desanima, pois quando se começam a fazer equiparações e elucubrações com base em paradigmas, percebe-se que regular o tema como poderia fazê-lo o legislador seria exacerbar demais essa vocação da Corte de *legisladora positiva*, com sério risco de o Tribunal descarrilhar mediante a produção de lacunas. Ao passo que considera que a mera equiparação poderia fazer com que o Tribunal estivesse a equiparar situações reveladoras de diversidades, como apontado pelo Ministro Lewandowski. Desse modo, limita-se a *reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica* ou, se não houver outra possibilidade, por uma *aplicação extensiva do texto constitucional*, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos.

O voto do Ministro Gilmar Mendes é preciso quando afirma que a jurisdição constitucional deve atuar positivamente para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos quando a omissão do legislador enseja negativa de fruição de tais direitos. Nesse sentido, em razão da ausência de regulamentação acerca da família conjugal homoafetiva e do fato de isto ter sido interpretado (equivocadamente) por muitos como forma de não reconhecimento constitucional desta, cabe à Suprema Corte atuar para garantir a fruição destes direitos, seja elaborando a norma faltante para garantia de tal direito como forma de suprir a omissão inconstitucional do legislador (como feito pelo Tribunal na regulamentação da greve do serviço público ante a respectiva omissão inconstitucional – STF, MI n.º 670, 708 e 712), seja pela colmatação da lacuna normativa por interpretação extensiva ou analogia, por força do princípio da igualdade. Sem poder aprofundar o tema, as chamadas *decisões intermédias da jurisdição constitucional*, que não se limitam ao binômio constitucionalidade-inconstitucionalidade, de há muito demonstraram a superação do dogma do “legislador negativo”<sup>69A</sup>, ao passo que a competência da jurisdição para aplicação imediata dos direitos fundamentais no controle de

---

texto constitucional tornado o voto facultativo para os maiores de 70 anos por presumir uma possível limitação ou incômodo ao mesmo, parecia justificável na hipótese a possibilidade que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, uma incompletude que justificaria mais esta exceção. Aqui termina o relato do Ministro sobre o raciocínio de Zagrebelski e Häberle. Pois bem: embora não o tenha afirmado expressamente, ficou claro que o Ministro Gilmar Mendes aplicou este pensamento das alternativas para reconhecer que o reconhecimento do *status* jurídico-familiar da união homoafetiva é uma alternativa que demanda reconhecimento por força da interpretação sistemática dos direitos fundamentais, em especial dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da liberdade e da segurança jurídica.

<sup>69</sup> ADPF 132 e ADI 4277, voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 11 e 44, aqui parafraseado. No original: “O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo”.

<sup>69A</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, pp. 159-194.

constitucionalidade, sem intermediação do legislador (art. 5º, §1º, da CF/88), por não ser este o único apto a concretizar a Constituição, também demonstra o anacronismo de se falar que o juiz constitucional seria “mero” legislador negativo<sup>69B</sup>: ele age como tal quando invalida uma lei, mas as decisões interpretativas (interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade sem redução de texto), as decisões aditivas (de regra, de princípio e plúrimas), as decisões substitutivas e as decisões transitivas (de modulação/limitação de efeitos e de apelo ao legislador), utilizadas pelos Tribunais Constitucionais mundo afora, demonstram a incorreção de falar-se em mera “legislação negativa” como função “exclusiva” da jurisdição constitucional. Daí que o critério apontado pelo Ministro (atuação positiva *na concretização e defesa dos direitos fundamentais*) afigura-se como adequado e necessário, especialmente em casos de omissões inconstitucionais.

O *Ministro Joaquim Barbosa* afirmou que o fundamento da controvérsia não está unicamente no art. 226, §3º, da CF/1988, mas em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais. Ressaltou que as uniões homoafetivas constituem uma realidade social incontestável porque sempre existiram e sempre existirão. Assim, quanto ao pedido de reconhecimento das relações homoafetivas da mesma forma que se reconhecem as relações heteroafetivas, *considerando* que a Constituição deseja extinguir ou ao menos mitigar o preconceito mediante o estabelecimento da justiça social e da igualdade entre os cidadãos em uma sociedade livre, justa e solidária sem preconceitos de quaisquer espécies, *considerando* que a Constituição não proibiu o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas *e considerando* que o rol de direitos fundamentais não se limita àqueles expressamente reconhecidos, havendo outros decorrentes dos princípios e tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte (art. 5º, § 2º, da CF/1988), *entende que* o reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, que garante o *direito à igual consideração*, na medida em que o não reconhecimento dessas relações simbolizaria que o Estado não atribui o mesmo respeito e valor à afetividade dos homossexuais, o que viola o direito de reconhecimento inerente à dignidade humana. Afirmou que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, a saber, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, normas autoaplicáveis que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda força garantidora que emana do nosso sistema de proteção de direitos fundamentais, razão pela qual também julgou as ações procedentes.

O *Ministro Marco Aurélio* iniciou seu voto aduzindo que a questão apresentada é saber se a convivência pública com o intuito de constituir família entre duas pessoas do mesmo sexo pode ser admitida como entidade familiar pela Constituição diante da omissão legislativa e, em caso positivo, se é cabível a aplicação a ela do regime previsto no art. 1.723 do CC/2002. Entendeu que a solução do tema independe do legislador, pois decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, que permitiu a reformulação do conceito de família por meio da *zona de certeza positiva* sobre o conteúdo jurídico de tal princípio, que veda instrumentalizações de determinadas pessoas ou grupos em prol de um

---

<sup>69B</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 173-177.

projeto de sociedade alheio<sup>70</sup>. Dessa forma, supera-se o modelo hierárquico-patriarcal de família conjugal, fundado na hierarquia do pai e na proteção do patrimônio do mesmo, para se chegar ao modelo consagrado pela Constituição Federal de 1988: de reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Sobre o art. 226, § 3º, da CF/1988, afirmou que ele expressamente impôs ao Estado o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento civil seria possível a instituição de família, donde consagrado o Direito “das Famílias”, “isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar”, razão pela qual “Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum”. Ou seja, deixou-se de se considerar o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo” para nela identificar a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada um de seus membros, por força do fenômeno da *Repersonalização do Direito Civil*, oriundo da sua constitucionalização, que consagrou o direito de *ser* em detrimento do mero direito de *ter* no âmbito do Direito Civil em geral e, em especial, do Direito das Famílias. Assim, afirmou que relegar as uniões homoafetivas à disciplina da *sociedade de fato* é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República, ante a categoria da sociedade de fato refletir um intuito patrimonial/empresarial e não afetivo ou emocional, além de ser vislumbrada pelo Direito Comercial como uma *sociedade irregular* eivada por vícios, donde esta categoria jurídica está em flagrante descompasso com a *essência da união homoafetiva*, que revela o compartilhamento de vidas<sup>71</sup> e não a obtenção de lucros por intermédio de atividade negocial. Nesse sentido, reconhecendo a proteção jurídica conferida ao projeto de vida como integrante do conteúdo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana e como um valor essencialmente existencial que visa a realização integral da pessoa concretamente considerada mediante as escolhas que lhe pareçam mais acertadas na busca por seu projeto de vida<sup>72</sup>, afirmou que “Certamente, o projeto de

---

<sup>70</sup> Segundo o Ministro Marco Aurélio, “A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. (...) A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana”.

<sup>71</sup> Sobre o tema, afirmou o Ministro Marco Aurélio que “A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmento, estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização” (grifos nossos).

<sup>72</sup> Citando, nesse sentido, decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Loayza Tamayo versus Peru* e *Cantoral Benavides versus Peru*, além da lição de Cançado Trindade com base no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, oportunidade na qual afirmou que “não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e

*vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família”, donde “Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual”.*

Já sobre a interpretação do § 3º do art. 226 da CF/1988 no caso em julgamento, afirmou que considerando que o objetivo da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade sem preconceitos, “Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado”, pois isto “*despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores*”. Assim, descabida uma “*interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual*”, razão pela qual o teor meramente literal do dispositivo “*pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica*”. Dessa forma, extraindo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento estatal da união homoafetiva, reconheceu que inexistente vedação constitucional à aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas, não se podendo vislumbrar *silêncio eloquente* em virtude da redação do §3º do artigo 226” porque, ao contrário, há “*obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais*”. Portanto, afirmou que deve ser superada a mera literalidade do art. 1.723 do CC/2002 por ela não retratar fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Concluiu que “*Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal*”, por ser essa a leitura normativa que faz dos valores constitucionais consagrados nos arts. 1º, inc. III, 3º, incs. II e IV, e 5º, *caput* e inc. I, da CF/1988 ante a ausência de prejuízo a quem quer que seja pelo reconhecimento estatal da união homoafetiva<sup>73</sup>, razão pela qual julgou procedentes as ações para declarar a aplicabilidade do regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Os votos dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa comprovam que a interpretação sistemático-teleológica da Constituição demonstra que a ausência de vedação constitucional ao reconhecimento da união estável homoafetiva demanda pelo reconhecimento do *status* jurídico-familiar desta. Isso ante a inadequação de se equipará-la a uma *sociedade de fato* por se ter aqui um intuito familiar e não empresarial, bem como pelo princípio da dignidade da pessoa

---

*projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”.*

<sup>73</sup> Sobre o tema, o Ministro Marco Aurélio citou a lição de Hart, que contestava a invocação da moralidade coletiva feita por Devlin para justificar a criminalização da homossexualidade, nos seguintes termos: “Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais”.

humana demandar o reconhecimento da família conjugal homoafetiva em razão deste princípio vedar o menosprezo dela relativamente à família conjugal heteroafetiva. Assim, só se evita violação do princípio da dignidade da pessoa humana no caso mediante o reconhecimento da igual dignidade jurídica e social da união homoafetiva relativamente à heteroafetiva, mediante a extensão do regime jurídico da união estável (e do casamento civil) à união conjugal entre pessoas do mesmo sexo, por interpretação extensiva ou analogia.

O *Ministro Celso de Mello* iniciou seu voto ressaltando a pluralização do debate constitucional permitida pela participação dos *amici curiae*<sup>74</sup>, para, após relatar o histórico de legislações que reprimiam duramente os chamados *atos de sodomia* com evidente hostilidade e gravíssimas punições (inclusive com a morte, equiparando-os ao crime de lesamajestade), defender a existência de imperativo constitucional de reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar. Isso porque: (i) ninguém poder ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual, a significar que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição. Assim, intolerável a punição, exclusão ou discriminação que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual, na medida em que o Estado não pode formular prescrições normativas que provoquem, por seu conteúdo discriminatório, a exclusão de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional; (ii) a Suprema Corte tem a incumbência de garantir os valores da liberdade, da igualdade, da tolerância, da autodeterminação, do pluralismo, da intimidade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, donde cabe ao Tribunal por termo à injusta discriminação em debate, por pautada em preconceitos inaceitáveis que não mais resistem ao espírito do tempo; (iii) tal reconhecimento torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferir primazia à dignidade da pessoa humana, romper paradigmas históricos e culturais e remover obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório. Dessa forma, afirmou o Ministro que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>75</sup>, autoriza o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Sobre o art. 226, §3.º, da CF/1988, afirmou não vislumbrar neste texto normativo uma lacuna voluntária ou consciente evidenciadora de um “*silêncio eloquente*”

---

<sup>74</sup> Os quais, segundo o Ministro, trouxeram subsídios e suas próprias contribuições/alternativas para a interpretação constitucional do caso concreto, o que auxilia na legitimação democrática da atuação do Tribunal mediante a participação dos grupos minoritários diretamente envolvidos e demais interessados por permitir ao tribunal atuar na condição de mediador entre os segmentos sociais discordantes.

<sup>75</sup> Sobre o direito à busca da felicidade, afirmou o Ministro Celso de Mello o seguinte: “Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776”, donde, consoante lição de Stephanie Schwartz Driver, “Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria Iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar”, razão pela qual “o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais”.

relativamente às uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que faz com base nas lições de Daniel Sarmiento e de Luís Roberto Barroso: **(a)** Sarmiento, invocando o princípio hermenêutico da unidade da Constituição para defender que os *princípios fundamentais* da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária livre de preconceitos e discriminações configuram vetores que apontam firmemente no sentido de que a interpretação do art. 226, §3º deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados, a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade. Assim, conclui que esse dispositivo constitucional assegurou reconhecimento à união entre o homem e a mulher sem que a ausência de referência à união entre duas pessoas do mesmo sexo possa configurar *silêncio eloquente*. Isso porque a mera omissão à alusão à união homoafetiva não significa necessariamente que a Constituição não asseguraria o reconhecimento desta, em especial por força do elemento teleológico de dito dispositivo, que foi incluído na Constituição para garantir proteção jurídica às uniões não matrimonializadas, de sorte a coroar um processo histórico de inclusão social e superação do preconceito, visto que seria um contrassenso interpretar este dispositivo constitucional, que visa a inclusão, como uma cláusula de exclusão discriminatória de homossexuais; **(b)** Barroso, apontando que essa alusão à diversidade de gêneros não traduz vedação de extensão de tal regime às relações homoafetivas, pois extrair tal consequência deste preceito seria desvirtuar a natureza da norma, que é de inclusão, por ter sido introduzida para superar a histórica discriminação sobre relações heteroafetivas que não decorressem do casamento civil, donde em tal norma inclusiva não se pode vislumbrar uma restrição preconceituosa de um direito. Dessa forma, entendeu o Ministro que “*a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar*”. Chegou a tal conclusão, ainda, com base no entendimento de que o reconhecimento das *conjugalidades homoafetivas*, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, implica o reconhecimento do dever do Estado de lhes dispensar o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heteroafetivas, em razão de ser indiscutível que o novo paradigma no plano das relações familiares é o *afeto*, que se tornou um dos fundamentos mais significativos da *família moderna*, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional.

Nesse momento, o Ministro Celso de Mello honrou-me com citação de trecho de meu livro, no qual defendi que mudou o paradigma da família contemporânea, o qual, de uma entidade fechada e válida por si mesma, passou a existir somente por força do amor entre os cônjuges/companheiros, em razão de a sociedade ter dado mais relevância à felicidade e, assim, à afetividade amorosa do que à mera formalidade do casamento civil ou qualquer outra forma pré-concebida de família. Afirmei, ainda no trecho citado, que o reconhecimento do *status* jurídico-familiar da união estável alçou o afeto à condição de princípio jurídico implícito à dignidade humana no que tange às relações familiares (ante o art. 5º, § 2º, da CF/1988 permitir a perquirição de direitos fundamentais implícitos), o que decorre do fato de ser o afeto conjugal o motivo que faz

duas pessoas decidirem formar uma união estável. Pois, embora seja o *amor familiar* o elemento formador da família contemporânea (ou seja, a afetividade conectada com a publicidade, durabilidade e continuidade da união em uma comunhão plena de vida e interesses), é o amor conjugal que dá o passo inicial para a constituição de uma união estável. Aponte, ainda, que, considerando que a única diferença do casamento civil para a união estável é o *papel passado* (a certidão de casamento), ou seja, o casamento ser uma situação previamente formalizada e a união estável uma situação de fato, tal equiparação denota que foi atribuída significação jurídica ao afeto conjugal existente na relação, de sorte a consagrá-lo como princípio jurídico-constitucional. Por fim, afirmo que o afeto é um princípio constitucional implícito à dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares porque estas, para garantir o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto, independentemente de quaisquer formalidades, como a do casamento civil<sup>76</sup>.

Destacou o Ministro, ainda, a função contramajoritária da Suprema Corte enquanto “*órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica*”. Ou seja, a função de proteger as minorias contra imposições desarrazoadas ou indignas das majorias, o que invocou em razão de a resistência do Poder Legislativo em enquadrar a união estável homoafetiva como entidade familiar culminar em um quadro de submissão deste grupo minoritário à vontade hegemônica da maioria (por isto excluir, marginalizar e diminuir o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas<sup>77</sup>), de sorte a comprometer o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, na medida em que o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. Isso porque, a despeito da importância do princípio majoritário, em uma perspectiva de uma *concepção material de democracia constitucional*, ele não pode ensejar a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de assegurar-se proteção às minorias e aos grupos vulneráveis como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito<sup>78</sup>, pois, em uma democracia constitucional, “*ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela*

---

<sup>76</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2008, pp. 220-221 – cap. 05, item 2.5.3. Na segunda edição, de 2013, vide o mesmo cap. 05, item 2.5.3.

<sup>77</sup> O Ministro citou, nesse sentido, o seguinte trecho da petição inicial: “Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no ‘armário’. Esta negativa, como salientou Luís Roberto Barroso, embaraça ‘o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos’.

<sup>78</sup> O Ministro citou o seguinte trecho da obra de Geraldo Ataliba (entre outros): “*Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria*” (cf. Judiciário e Minorias. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 96/194), bem como o seguinte trecho da obra de Pinto Ferreira: “*O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia*” (*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. item n. 8, São Paulo: RT, 1971. t. I/195-196).

*Constituição da República*”, de modo que “*torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados*”, por ser uma das funções básicas do constitucionalismo a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias. Portanto, concordando com a petição inicial, o Ministro considera essencial a intervenção da jurisdição constitucional para garantir aos homossexuais a possibilidade, que decorre da Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais disso decorrentes, por não haver qualquer interesse legítimo que justifique o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Sobre a colmatação de lacunas normativas inconstitucionais, afirmou que “*o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República*”<sup>79</sup>. Por todos esses fundamentos, julgou procedentes as ações “para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo”.

O voto do Ministro Celso de Mello é paradigmático em todos os sentidos, em especial na menção ao fato de que uma democracia constitucional só existe realmente se os direitos fundamentais de todos forem respeitados, inclusive os das minorias, mesmo contra a vontade da maioria quando não haja uma fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação respectiva perante a isonomia, o que inexistente no presente caso. Uma verdadeira aula sobre hermenêutica e sobre a função da Suprema Corte em uma democracia constitucional.

O *Ministro Peluso* afirmou inicialmente que é possível o pedido de *interpretação conforme* em razão da diversidade das redações entre os arts. 226, §3º, e 1.723 do CC/2002 para, em seguida, afirmar que estamos em um *caso típico de lacuna normativa passível de colmatação por analogia*, técnica hermenêutica apta a garantir os direitos de uma situação normatizada a uma situação a ela *equivalente*, ressaltando que o caso não seria, a seu ver, de hipóteses idênticas, mas de proteção da união homoafetiva por *equiparação* à união heteroafetiva<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Nesse sentido, afirmou o Ministro que “*práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade*”, donde entende que o STF “*não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a consequente proteção dos direitos das minorias), a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas*”. Claramente, o Ministro se referiu ao “ativismo judicial” como antônimo de “autocontenção” (*self-restraint*). Logo, referiu-se a ativismo como postura proativa, não como atuação fora da competência constitucional do Judiciário.

<sup>80</sup> Afirmou Ministro Peluso que, na disciplina dessa entidade familiar, cognoscível por interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer – e este é o seu fundamento, pedindo *venia* para divergir do relator e dos que o acompanharam nesse passo –, aqui há uma *lacuna normativa*, que precisa ser preenchida, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante basicamente da *similitude* (não da igualdade) factual em relação a ambas as entidades de que cogitamos

O fez por concluir que as normas constitucionais, em particular a do art. 226, §3º, não excluem outras modalidades de entidades familiares não expressas no texto constitucional, por não se tratar de um rol taxativo. Assim, por força dos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade, da não discriminação “e outros”, deve-se admitir uma interpretação segundo a qual, além das entidades familiares catalogadas na Constituição, podem ser reconhecidas outras, como no caso, pois os elementos comuns de ordem afetiva em sentido genérico e material unindo pessoas do mesmo sexo guardam exatamente uma comunidade com certos elementos da união estável entre o homem e a mulher, daí a admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo de serem consideradas como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais. Em razão do raciocínio analógico a ser empregado, indagou-se sobre quais normas deveriam ser invocadas para colmatar a lacuna em questão, momento no qual também defendeu a aplicação das normas do Direito das Famílias ao caso, porque realmente estas uniões, marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial, econômica etc<sup>81</sup>. Ressalta, contudo, que, a seu ver, nem todas as normas relativas à união estável

---

(a união estável entre homem e mulher e entre pessoas do mesmo sexo). Em suas palavras (após reconhecer o cabimento da técnica da interpretação conforme para o caso): “Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de *numerus clausus*. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo – não mais que isso –, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais. E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar recognoscível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer – e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço *venia* para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna tem que ser preenchida por algumas normas. (...) De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher” (voto do Ministro Peluso, pp. 1-3).

<sup>81</sup> Após destacar a fala do Ministro Marco Aurélio em prol da necessidade de aplicação às relações homoafetivas das normas próprias do campo do Direito de Família, por uma questão histórica, afirmou que, em conferência da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) há mais de vinte anos, àquela altura em que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, foi um dos primeiros advogados da AASP a sustentar, contra a então dominante jurisprudência do TJSP, que não podiam ser aplicadas as soluções da jurisprudência para atender as exigências próprias do fato histórico, a saber, normas de Direito não familiar (sociedades de fato, de ordem econômica etc.), mas sim normas de Direito das Famílias, afirmando ter sido o primeiro a aplicar no TJSP as normas de Direito de Família em caso de união estável. Essa manifestação do Ministro Peluso constou na 1ª edição de meu *Manual da Homoafetividade*, capítulo 11, item 11, e no capítulo 13 da segunda edição do livro, quando explicados os fundamentos de seu voto. Eis a citada manifestação: “União estável. A jurisprudência de hoje, sensível à irredutibilidade jurídica dessa misteriosa experiência humana, que é o encontro amoroso do homem com a mulher, o qual jamais poderia ter sido posto nos limites contáveis e mesquinhos da tipologia das sociedades comerciais, já assentou que, dentro do alcance da STF 380, cabe a hipótese da contribuição indireta, com igual importância na mancomunhão. E não precisa seja esta entendida no significado restrito de repercussão do trabalho doméstico, da direção educacional dos filhos, ou de serviços materiais doutra natureza. Ao contrário. Porque, de regra, um homem e uma mulher [leia-se, duas pessoas] não se atraem, entregam nem vinculam, sob firme ou fugaz expectativa de estabilidade e perseverança, compelidos por cálculos imediatos de proveitos econômicos, senão para satisfazer anseios de realização pessoal, ditados por imperativos inconscientes e profundos, a cooperação decisiva é a pessoa do outro. E é ela, enquanto presença, estímulo, amparo e refúgio, que, na aventura da parceria, possibilita, ou facilita, todas as outras aquisições, inclusive de ordem patrimonial. O jurídico, porque humano, consiste, pois, em que embora não sendo mensurável como grandeza física, não deixe de se traduzir em valor econômico, quando se cuide de partilhar os frutos de uma comunhão de vidas, não os resultados financeiros de uma sociedade qualquer (Des. Cezar Peluso – BolaASP 1765/396)” (PELUSO *apud* JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 801)”. Vide meus

entre homem e mulher poderiam ser aplicadas à união homoafetiva, por não considerar que se tratem de situações absolutamente *idênticas*, mas *equiparadas*, sendo preciso respeitar o que cada instituição tem si tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas pela sua própria natureza normativa. Daí que, também julgando procedente a ação, reiterou a afirmação do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que estamos diante de um campo hipotético em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte, os quais não podem ser examinados exaustivamente por diversos motivos, primeiramente pelos pedidos não o comportarem, e segundo por entender que sequer a imaginação dos Ministros seria capaz de prever todas as consequências, desdobramentos e situações advindas do pronunciamento da Corte, inclusive por não termos um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir, de maneira clara, com a capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebidas. Portanto, entende que da decisão da Corte falta um espaço no qual deve intervir o Poder Legislativo, o qual, a partir deste julgamento, tem que se dispor a regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional, entendendo assim haver como que uma convocação, a partir desta decisão da Corte, para que o Legislativo assumira essa tarefa, a qual parece que, até agora, não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação, o que aponta ser um ponto de vista estritamente pessoal<sup>82</sup>.

O voto do Ministro Peluso demonstra cabalmente que a decisão do STF justifica-se mediante lições de Direito Civil Clássico, segundo as quais a circunstância de o texto normativo regulamentar um *fato* (união estável heteroafetiva) sem nada dispor sobre o outro, seja reconhecendo-o, seja proibindo-o (união estável homoafetiva) caracteriza *lacuna normativa* passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia – técnicas interpretativas estas que desde sempre implicaram uma *ação positiva* do Estado-juiz de garantir direitos não previstos no texto da norma. Logo, é absurdo pensar que o Supremo teria ultrapassado sua competência constitucional neste caso por ter reconhecido um direito não previsto no texto normativo, pois isto é o que a analogia faz desde tempos imemoriais! Portanto, a menos que se pretenda declarar a inconstitucionalidade da colmatação de lacunas normativas por analogia por isto supostamente afrontar a separação dos poderes, o que seria manifestamente absurdo por ser função da interpretação extensiva e da analogia suprir as lacunas normativas enquanto estas não são eliminadas mediante regulamentação normativa coerente com as normas constitucionais, não se pode dizer que a decisão do STF configuraria um *ativismo judicial*, enquanto atuação fora da

---

comentários sobre o fato de que tais argumentos se enquadram perfeitamente no caso da união homoafetiva na segunda edição de meu *Manual da Homoafetividade*, capítulo 15, item 2 “Concubinato: evolução histórica, conceito e espécies. STF, ADPF 132 e ADI 4277”.

<sup>82</sup> O Ministro Gilmar Mendes argumentou ser importante destacar isso por entender que um fundamento invocado por vezes pelo Legislativo para não agir era de que uma eventual lei (que reconhecesse a união estável homoafetiva) poderia ser considerada “de plano” inconstitucional, o que essa decisão do Supremo afasta e, ao revés, reconhece esta regulação como um imperativo de concretização dos direitos fundamentais a esta situação específica. Assim, a decisão é mais um convite e uma justificativa para que eventuais dúvidas e situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas. O Ministro Ayres Britto ressaltou que a decisão do Supremo não fecha os espaços de lei do Congresso Nacional – afirmou que é um abrir de portas para a *comunidade homoafetiva*, mas não um fechar de portas ao Poder Legislativo. Ao contrário, disse o Ministro Peluso, a decisão do Supremo convoca o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social resultantes de uma *discriminação absolutamente injustificada*. Assim, ficou plenamente de acordo com a Corte na posição tomada, por unanimidade, proclamando o resultado do julgamento para, no mérito, julgar procedentes as ações com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, restando autorizados os ministros a julgarem monocraticamente a mesma questão sob sua relatoria independentemente da redação do acórdão (pois a publicação se deu no momento da sessão).

competência jurisdicional, ou uma *usurpação da competência do Congresso Nacional*<sup>83</sup>, em especial por interpretação extensiva e analogia serem concretizações do princípio da igualdade, no sentido de garantir igual tratamento a situações iguais ou fundamentalmente iguais, donde amparadas pelo direito fundamental à igualdade.

Anote-se, sobre a observação dos Ministros Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso de que o Congresso não está proibido de legislar sobre o tema e que pode regulamentar as especificidades de cada uma das uniões (o que é óbvio), que eles evidentemente restaram vencidos se com isto quiseram dizer que a regulamentação do Congresso Nacional poderia trazer restrições aos direitos das uniões estáveis homoafetivas relativamente às heteroafetivas – ao menos no que tange à questão do casamento civil e da adoção conjunta, que devem ser reconhecidos às uniões homoafetivas já que elas foram reconhecidas pelo STF enquanto famílias conjugais e ante a ausência de prejuízos a crianças e adolescentes pelo mero fato de serem criadas por um casal homoafetivo. É claro que, sendo a igualdade material o regime do tratamento distinto das situações desiguais, poderia ser admitida a regulamentação distinta no caso de se reconhecer que haveria alguma diferença relevante entre a união estável homoafetiva relativamente à união estável heteroafetiva, mas cabe lembrar que *qualquer regulamentação diferenciada terá que passar pelo crivo dos testes constitucionais da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade*, a demandar pela pertinência lógico-racional de tal diferenciação (isonomia e razoabilidade) além de sua *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* com algum fim constitucionalmente legítimo (proporcionalidade) o que supõe nova análise de sua (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal se vier a existir.

Como se vê, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 foi pautada por uma interpretação sistemático-teleológica da Constituição Federal que, na prática, justifica-se juridicamente por uma lição de Direito Civil Clássico, segundo a qual o fato de o texto normativo regulamentar um ato sem nada dispor sobre outro implica lacuna normativa passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia, e não de “proibição implícita” (mesmo porque a tese da “proibição implícita” é inconstitucional por afronta ao art. 5º, inc. II, da CF/1988, que exige texto normativo expresso ou, no mínimo, norma jurídica implícita que proíba a situação em questão). Ao passo que diversos Ministros entenderam que a aplicação direta de princípios constitucionais como os da igualdade, da dignidade humana e da liberdade (entre outros) demandam o reconhecimento do *status* jurídico-familiar da união homoafetiva enquanto família conjugal em igualdade de condições relativamente à união estável heteroafetiva (enquadrando-a, assim, no conceito constitucional de *união estável*), outros entendendo que a referida lacuna normativa é passível de colmatação por analogia por ser a união estável o regime jurídico mais próximo da “união homoafetiva estável”. Tais entendimentos encontram-se em coerência com a interpretação sistemático-teleológica da Constituição e os

---

<sup>83</sup> Para RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**, 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 107, ativismo judicial é “uma disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento, notadamente, da função legislativa”. Para LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2010, p. 18, associa-se a expressão ativismo judicial “a uma conduta invasiva das competências dos demais poderes e, por que não dizer, arbitrário, porque seria implementada ao arrepio do que a própria Constituição fixa quando cuida da divisão do exercício do Poder”. Nem um caso nem outro se verifica quando do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e merecedora dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável, bem como da adoção conjunta por casais homoafetivos, como demonstrado ao longo deste artigo.

cânones hermenêuticos de interpretação constitucional da unidade, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais.

Na linguagem de Dworkin<sup>84</sup>, tratam-se de *argumentos de princípio*, não *argumentos de política* os utilizados pelo STF: *levou-se o texto a sério*, ao se destacar que inexistente proibição constitucional ao reconhecimento da união homoafetiva como família conjugal com igualdade de direitos relativamente à família conjugal heteroafetiva, e fundamentou-se esse reconhecimento nos princípios da igualdade (não-discriminação, vedação de preconceitos e direito à diferença/ao reconhecimento), da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da intimidade e da promoção do bem-estar de todos. Logo, descabida eventual crítica no sentido de que a decisão seria “teleológica” em um sentido de valoração extrajurídica: a teleologia invocada pelo Supremo foi deontológica, ou seja, a teleologia das normas constitucionais, donde respeitado o caráter deontológico do Direito e respeitados os limites semânticos do texto constitucional pela referida decisão.

Nem se diga, por fim, que não caberia o uso da interpretação conforme à Constituição no caso, por supostamente termos *norma de mera repetição*. A uma, o texto normativo do art. 1.723 do Código Civil não é idêntico ao do §3º do art. 226, já que aquele traz mais elementos que este (ao mencionar os requisitos caracterizadoras da união estável, não previstos no texto constitucional, que por isso chegou, inclusive, a ser considerado *norma de eficácia limitada* pelo STF<sup>85</sup>, que, portanto, por esse entendimento, só passou a produzir efeitos com a promulgação de lei que trouxe ditos requisitos – da publicidade, continuidade, durabilidade e intuito de constituição de família). A outra porque, mesmo em se tratando de “normas de mera repetição” (*rectius*: textos normativos idênticos), fato é que pode perfeitamente o Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional como um todo dizer que a *norma repetidora (infraconstitucional)* deve ter a si conferida a mesma interpretação conferida à *norma repetida (constitucional)*, donde tendo o STF, corretamente, entendido que o art. 226, §3º, da CF/88 não proíbe a união estável homoafetiva, então pode perfeitamente aplicar interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil para impedir que ele seja interpretado de forma a impedir o reconhecimento da união estável homoafetiva<sup>86</sup>.

### **1.3. Decisões judiciais que reconheceram o direito de casais homoafetivos ao casamento civil.<sup>22</sup>**

Até a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nenhuma decisão judicial havia reconhecido o direito ao casamento civil entre pessoas do mesmo gênero. Havia, no

---

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, pp. 129-130.

<sup>85</sup> STF, RE 158.700, DJ de 22.02.2002, segundo o qual “Não seria, entretanto, possível, desde logo, extrair da regra do art. 223 e seu §3º, da Constituição, consequência no sentido de reconhecer-se, desde logo, sem disciplina legislativa específica, determinação de comunhão de bens entre homem e mulher, em união estável, de tal forma que a morte de um deles importe o reconhecimento automático de meação pelo sobrevivente.

<sup>86</sup> Para maiores desenvolvimentos desta discussão, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União homoafetiva e heteroafetiva são iguais**, in: Revista Consultor Jurídico 25 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-fev-25/constituicao-reconhece-direito-escolher-modo-vida-inclusive-afetivo> (último acesso em 04.06.2016). Vide, ainda, VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, capítulo 9, itens 3.1 e 3.1.1, pp. 390-395.

<sup>22</sup> Cf. VECCHIATTI, *Op. Cit.*, cap. 06, item 9.

máximo, poucas manifestações doutrinárias e um voto vencido, em julgamento realizado perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (da lavra do Desembargador Rui Portanova). Mas, após o histórico julgamento do STF acerca da ADPF 132 e da ADI 4.277, no qual o Tribunal reconheceu o *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas e aplicou a elas o regime jurídico da união estável, diversas decisões reconheceram o direito de casais homoafetivos converterem suas uniões estáveis em casamento civil, *o que passou a ser deferido pelos juízes e tribunais em geral*.

O ponto comum da fundamentação de tais decisões<sup>23</sup> encontra-se no fato de que, tendo o **Supremo Tribunal Federal** reconhecido a união homoafetiva como união estável, sendo um dos efeitos da união estável a possibilidade de sua conversão em casamento civil por força da parte final do art. 226, § 3.º, da CRFB e do art. 1.526 do Código Civil brasileiro, tem-se por juridicamente possível – e obrigatória – a possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil. Ainda que se prefira entender (equivocadamente) que o STF não teria reconhecido a união homoafetiva como *união estável*, mas como entidade familiar autônoma com igualdade de direitos relativamente à união estável heteroafetiva, referida igualdade demanda pela possibilidade de conversão da entidade familiar homoafetiva em casamento civil, sob pena de se afrontar referida igualdade. Ademais, outros juízes reconheceram, inclusive, a possibilidade do casamento civil homoafetivo de maneira direta, o que foi referendado, inclusive, pelo **Superior Tribunal de Justiça**<sup>24</sup>, no julgamento do REsp 1.183.378/RS, explicitado no capítulo anterior, o qual, em síntese, afirmou que os dispositivos legais que regulamentam o tema se limitam a reconhecer o casamento civil entre o homem e a mulher sem, todavia, proibir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, donde juridicamente possível o pedido de casamento civil homoafetivo, que deve ser reconhecido pela união homoafetiva configurar uma família conjugal, que é o objeto valorativamente protegido pelo regime jurídico do casamento civil (e da união estável).

Analisemos, assim, os fundamentos das decisões que reconheceram o direito ao casamento civil homoafetivo após a decisão do STF na ADPF 132 e da ADIn 4.277.

O *juiz Fernando Henrique Pinto*, de Jacareí/SP, foi o primeiro a realizar a conversão de união estável homoafetiva em casamento civil, em decisão proferida em 27.06.2011, sob o fundamento de que:

- (i) o maior e mais repetido princípio constitucional é a igualdade;
- (ii) a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e veda preconceitos e quaisquer formas de discriminação (art. 3.º, inc. IV);
- (iii) a Constituição demanda pela conversão da união estável em casamento civil;

---

<sup>23</sup> A íntegra das decisões aqui comentadas encontra-se no site: <[www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)> (links jurisprudência/casamento; especificamente no link: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=4&idJurisSubAssunto=62>>; último acesso: 5 jan. 2012).

<sup>24</sup> No Brasil, o *Superior Tribunal de Justiça* é o intérprete final da *legislação federal (infraconstitucional)*, enquanto o *Supremo Tribunal Federal* é o intérprete final da *Constituição Federal*, a quem incumbe a guarda desta (art. 102 da CRFB).

- (iv) o art. 226, § 5.º, ao afirmar a igualdade de direitos entre homens e mulheres na sociedade conjugal, não declara que o casamento civil se daria necessariamente entre homem e mulher, até porque *sociedade conjugal* não é o mesmo que *casamento civil*, já que a primeira sempre pôde ser dissolvida pela *separação judicial* e o segundo somente pelo *divórcio*;<sup>25</sup>
- (v) a ADPF 132 e a ADIn 4.277 pediam o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar com extensão de direitos e deveres dos companheiros às uniões homoafetivas [e tais ações foram julgadas procedentes pelo STF];
- (vi) os prováveis entraves a esse entendimento derivam de posições religiosas que não podem ser acolhidas pelo Brasil ser um Estado Laico (art. 19, inc. I, da CF/1988), em que o Estado não é vinculado a religião nenhuma, o que é considerado positivo diante de alguns dogmas religiosos se chocarem contra princípios e garantias da Constituição;
- (vii) a discriminação contra homossexuais decorre, ainda, de equívocos de origem psíquica sobre a homossexualidade, por considerá-la uma “opção” do indivíduo, o que se afirmou equivocado, pois ninguém escolhe o sexo por quem sente atração, tratando-se de característica individual dos seres humanos tão independente de sua vontade quanto a cor do cabelo, da pele, o caráter, as aptidões etc;
- (viii) a discriminação contra homossexuais também decorre do entendimento religioso segundo o qual o casamento se destinaria à procriação, algo descabido em termos de casamento civil, já que “*o motivo maior da união humana é – ou deveria ser – o Amor*”, inclusive pregado pela maioria das religiões como valor e virtude máxima e fundamental;
- (ix) aqueles que se preocupam com o potencial envolvimento de crianças e adolescentes na entidade familiar homoafetiva se esquecem que a falta de planejamento familiar que gera crianças sem a menor condição de sustento e educação e os abomináveis assassinatos ou abandonos destas em latas de lixo são diariamente protagonizados por casais formados por pessoas de sexos diversos, ditos “normais” por sua heterossexualidade, bem como que o Brasil tem situações de fato e de Direito muito mais graves para se preocupar do que com a vida de dois seres humanos desejosos de paz e de felicidade ao seu modo, sem infringir direitos de ninguém;
- (x) em 17.05.2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou uma resolução histórica destinada a promover a igualdade de todos os seres humanos *sem distinção de orientação sexual*;
- (xi) por tais motivos, julgou procedente o pedido.

A *juíza Junia de Souza Antunes*, de Brasília/DF, também converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão proferida em 28.06.2011, relativa a processo no qual figuraram como advogadas Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira de Bastos, que

---

<sup>25</sup> Com a EC 66, que aboliu a separação judicial do mundo jurídico ao permitir o divórcio direto, esse argumento específico perdeu força.

fundamentaram o pedido no fato de o tratamento constitucional destinado à família não fazer referência ao sexo de seus integrantes, bem como no fato de a disciplina constitucional do casamento civil nada dizer acerca da identidade sexual dos cônjuges, uma vez ausente qualquer proibição constitucional ou legal que impeça o tratamento igualitário dos casais homoafetivos relativamente aos heteroafetivos, ao passo que obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil configuraria discriminação por orientação sexual. A magistrada julgou procedente o pedido de conversão sob o fundamento de que:

(i) a decisão do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, donde ausente espaço para discricionariedade ou livre convencimento do magistrado;

(ii) a decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4.277 conferiu *interpretação conforme à Constituição* ao art. 1.723 do CC/2002 “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida como sinônimo perfeito de ‘família’. *Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva*”, assim referida decisão aboliu qualquer interpretação que pretendesse diferenciar as relações homoafetivas das heteroafetivas, ressaltando que o instituto da família abarca e protege ambas, uma vez que a união estável homoafetiva existe nos mesmos moldes da união estável heteroafetiva;

(iii) a ressalva do Ministro Lewandowski no sentido de que a integração analógica em questão não abarcaria as prescrições legais “que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações” não foi encampada pela conclusão da *Suprema Corte, que ampliou o conceito de união estável* para nele incluir qualquer relação duradoura, pública e contínua, com o intuito de constituir família, independente do sexo ou da orientação sexual do casal, destacando, para fundamentar tal conclusão, o voto do Ministro Fux no trecho que afirma que *nada distingue ontologicamente uma união estável heteroafetiva de uma homoafetiva*, de sorte a ambas merecerem o mesmo tratamento diante da inexistência de fundamento válido ante a isonomia que justifique tratamento diferenciado entre ambas;

(iv) a união estável não é um gênero que se dividiria entre união estável homoafetiva e união estável heteroafetiva, pois não existem espécies de união estável, que é um instituto uno de requisitos únicos, donde configurada relação duradoura, pública e contínua com o intuito de constituir família, caracterizada estará a *união estável*, seja ela formada por pessoas do mesmo sexo ou de sexos diversos, ou seja, “sem qualquer distinção em relação à orientação sexual daqueles que a integram”;

(v) todos os efeitos e consequências decorrentes da união estável se aplicam a qualquer união pública, contínua e duradoura, com intuito de constituir

família, formada por duas pessoas, *cediço que a possibilidade de conversão em casamento civil é uma das consequências da união estável*;

(vi) a Constituição de 1988 conferiu *status* de autonomia e independência à família relativamente ao casamento civil;

(vii) *persistem importantes diferenças entre a união estável e o casamento civil*, havendo diferenças nas relações pessoais, patrimoniais e sucessórias, bem como quanto à prova da união [mais árdua na união estável, já que no casamento civil basta apresentação da certidão de casamento], entre outros aspectos, já que, na medida em que o casamento civil apresenta mais direitos [e facilidades] relativamente à união estável, efeitos estes, inclusive, mais benéficos, resta evidente o interesse jurídico do pleito de conversão de união estável em casamento civil;

(viii) *o casamento civil é um instituto eminentemente jurídico*, a despeito de tradições culturais ou religiosas relativas ao tema;

(ix) citando Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que coassina este *amicus*,<sup>26</sup> no sentido da inconstitucionalidade do não reconhecimento do casamento civil homoafetivo por afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana perante a ausência de motivação lógico-racional que justifique a discriminação de casais homoafetivos relativamente a casais heteroafetivos por conta unicamente da orientação sexual e do sexo de um dos membros do casal (pois, se um deles fosse de sexo oposto ao seu, não se pretenderia obstar seu casamento civil), ante os direitos negados (isonomia) e pelo arbitrário menosprezo aos casais homoafetivos disso decorrente, que só serão verdadeiramente felizes se puderem consagrar sua união amorosa pelo casamento civil [para aqueles que isto desejam], afirmou que não se sustenta mais, após a decisão do STF, excluir os casais homoafetivos do direito ao casamento civil;

(x) um dos interesses do Estado em facilitar a conversão da união estável em casamento civil é trazer segurança jurídica à família e à sociedade, o que não se obtém pela exclusão de qualquer entidade familiar do instituto do casamento civil;

(xi) o pleito de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil se justifica por força da interpretação conforme à Constituição atribuída pelo STF ao art. 1.723 do CC/2002, já que o referido reconhecimento se deu “segundo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, visto que uma dessas consequências é a possibilidade de conversão da união estável em casamento civil;

(xii) por tais razões, julgou procedente o pedido.

No mesmo sentido, citando essa decisão, o *juiz Josmar Gomes de Oliveira*, também de Brasília/DF, converteu união estável homoafetiva em casamento civil, citando os mesmos fundamentos, em decisão proferida em 30.08.2011, e acrescentando que “reconhecida a

---

<sup>26</sup> O artigo citado é: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e da dignidade humana. Uma resposta a Rafael D’Ávila Barros Pereira.** *Jus Navegandi*, Teresina, ano 13, n. 1824, 29 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11441>>. Acesso em: 6 jan. 2012.

união estável homoafetiva, não há óbice à conversão daquela em casamento, em conformidade com o disposto no artigo 1.726 do Código Civil”. Isso porque “Essa conformação jurisprudencial exalta o conceito contemporâneo de família assentado na afetividade de seus integrantes, independentemente da formação (heteroafetiva, homoafetiva, matrimonial, monoparental, anaparental, pluraparental etc.)”, donde, “mostrando-se legítimas as pretensões das requerentes, na medida em que se apresentam conforme os preceitos constitucionais que vedam a discriminação em razão do sexo e sobrelevam a dignidade da pessoa humana” e considerando que “não estão presentes nenhum dos impedimentos [matrimoniais] relacionados no art. 1.521 do Código Civil, bem como demonstrada a convivência pública, contínua e duradoura”, a procedência do pedido é medida de rigor.

O juiz *Clicério Bezerra e Silva*, de Recife/PE, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão proferida em 02.08.2011, pelos seguintes fundamentos:

- (i) o tema em discussão transcende uma simples *usurpação principiológica* dos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e dos direitos fundamentais à igualdade, liberdade e não discriminação, por resvalar na própria matriz estruturante do Estado Republicado – a democracia, donde, em uma sociedade democrática na qual prevalecem o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos das minorias, “como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas” [*se interpretadas* de maneira puramente literal], cujo literalismo acabaria por “estrangular a democracia e, via oblíqua, o próprio Estado Pluralista de Direito”, pois não mais se admite, vencida a primeira década do século XXI, que seja negada a plenitude de direitos a uma parcela significativa dos cidadãos sob torpes justificativas;
- (ii) um Estado Democrático de Direito é incompatível com uma *cidadania de segunda classe* usurpadora da fruição de direitos e garantias fundamentais a *quase cidadãos* ou *meios cidadãos*, “notadamente, o direito personalíssimo à livre escolha sexual e à constituição de família com acesso direto e/ou indireto ao casamento”;
- (iii) o Brasil é um Estado Laico ou não confessional, o que se consolidou desde a proclamação da República com a separação entre Estado e Igreja (Decreto 119-A, de 17.01.1890), sendo sua premissa básica o acolhimento de todos os segmentos da sociedade brasileira em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, consoante preconizado pelo preâmbulo constitucional;
- (iv) os conceitos constitucionais comprovam o mais eloquente atestado de evolução democrática “na qual preconceitos ancestrais, vertidos às minorias, dentre as quais se incluem os cidadãos homoafetivos, sejam combatidos e extirpados do seio social”;
- (v) no presente caso temos dois cidadãos buscando a pura e simples “progressão de uma sociedade conjugal ‘precária’ para um vínculo civil,

com o fito de obter a devida tutela estatal para a nova entidade familiar, a homoafetiva, no perfil das demais constelações familiares – tidas como legítimas pela inteligência do ordenamento jurídico posto”;

(vi) temos aqui a consagração de uma marcha social que urge por um denso processo de revisão do arcabouço jurídico brasileiro, “com vista a garantir o direito personalíssimo à livre orientação sexual e à proclamação da legitimação ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar”, uma “marcha de gente digníssima que se lança ao sol da liberdade, após décadas viventes sob o pálio sombrio da discriminação e do medo (de origens externas e internas) e que parece ter ouvido um chamado audível da autodeterminação e da busca da felicidade”, donde, diante de tal contexto, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de intérprete da lei, deve estar a isto atento, ciente de que a interpretação de textos normativos nada mais é do que sua colocação no tempo [atual] ou sua integração à realidade social, consoante lição de Peter Häberle;

(vii) os dispositivos infraconstitucionais em questão configuram normas de caráter procedimental tendentes a tornar efetivos os direitos constitucionalmente assegurados;

(viii) acurado procedimento hermenêutico, pautado em uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, deve abolir do sistema jurídico dispositivos [e, acrescento, interpretações de textos normativos] que constituam embaraço à plena fruição de direitos fundamentais pelos cidadãos, donde o art. 226, § 3.º, da CF/1988 deve ser interpretado de forma abrangente, à luz de seu próprio *caput*, que visa proteger a família, sendo que o conceito de família foi ampliado pela Constituição de 1988, cuja *ratio* de consagração jurídico-familiar da união estável foi a de “privilegiar a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana”, com superação do ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado de família do Código Civil de 1916 em prol de um sistema que alberga “*múltiplas formatações de entidades familiares que nele coexistem, desde que estas restem atadas com o laço mais visceral que permeia as relações humanas – a afetividade*”, donde imperiosa a inclusão na esteira de entidades familiares dessa “nova modalidade de configuração familiar, mantida por pessoas do mesmo sexo, haja vista, dentre outras razões já esposadas, que estas se fundam, igualmente, nos pilares da afetividade”;

(ix) não parece razoável “à luz da hermenêutica, das considerações históricas, ideológicas, econômicas, políticas e sociais do Estado Brasileiro, que aos homoafetivos seja resguardado, tão somente, o direito de ver[em] reconhecidas suas uniões, que, aprioristicamente, são estáveis, nos requisitos e formas da lei”, por isto trazer “mitigações sérias aos direitos fundamentais dos homoafetivos (igualdade, liberdade, intimidade, não discriminação, etc.)”, donde, se o Estado já previu a possibilidade de conversão do precário vínculo de afeto (união estável) ao vínculo

institucionalizado (casamento civil) “em prol da verdadeira e mais abrangente segurança jurídica dos nubentes, no atendimento aos seus direitos patrimoniais, previdenciários, sucessórios, de procriação, ação, etc.”, então *os arts. 1.723 e 1.726 do CC/2002 devem ser interpretados “de forma arqueável, a fim de trazer maior robustez à pretensão dos homoafetivos em ver suas vidas e relações familiares albergadas e reguladas pelas mesmas normas aplicáveis aos seus pares sociais, sem distinção ou discriminação de qualquer espécie”*, de forma a concretizarmos o catálogo de direitos fundamentais que vêm sendo negado aos homoafetivos há décadas;

(x) a decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4.277, de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, corrobora o entendimento supraesposado ao excluir do art. 1.723 do CC/2002 qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida como sinônimo perfeito de *família*, em “*Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva*”, visto que dita decisão reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e lhes estendeu os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis, “*incluindo, aqui, o direito à conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento*”;

(xi) “*Os homoafetivos têm o direito à proteção do Estado às suas relações afetivas do mesmo modo que os heteroafetivos*” e “*A questão interessa apenas aos nubentes que buscam a segurança do ordenamento jurídico para proteção de sua relação afetiva*”, consoante afirmado no parecer do Ministério Público, da lavra da Dra. Fernanda Ferreira Branco, constante dos autos;

(xii) por silogismo, afirmou a premissa maior, segundo a qual o STF *instituiu [rectius: reconheceu]* uma nova entidade familiar – a união homoafetiva –, equiparando-a à união estável em decisão de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a premissa menor, segundo a qual a Constituição determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento civil, e a conclusão, de que, logo, à união homoafetiva também deve ser facilitada a sua conversão em casamento civil, donde, por atendidos os requisitos legais e procedimentais da legislação para tanto, julgou procedente o pedido que lhe foi formulado nesse sentido, findando com célebre citação de Fernando Pessoa, segundo a qual *o amor é que é essencial, o sexo é só um acidente, pode ser igual ou diferente; o homem não é um animal, é uma carne inteligente*.

O **juiz Bruno Machado Miano**, de Dracena/SP, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão proferida em 04.08.2011, pelos seguintes fundamentos:

(i) “Só é possível entender a decisão de nossa Suprema Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e na Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental 132, tendo em mente – sempre – a interpretação sistemática que os excelsos Ministros efetuaram ao analisar a regra do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, cotejando-a com Princípios, Valores e Objetivos maiores e mais caros ao Estado Brasileiro, como o da *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III, CF); o da *promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3.º, IV, CF); o da *igualdade de todos perante a lei* (art. 5.º, *caput*, CF); e o da *vedação de qualquer discriminação atentatória dos direitos fundamentais* (art. 5.º, XLI, CF)”;

(ii) assim, “se os Ministros da Suprema Corte entenderam que a expressão ‘*entre o homem e a mulher*’, constante no § 3.º do art. 226 da Constituição Federal, é discriminatória, porque existentes, possíveis e válidas as uniões entre *homem e homem* bem como entre *mulher e mulher*, não parece cabível manter a constitucionalidade das demais regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que estabeleçam essa discriminação, verdadeira segregação de alguns institutos a apenas alguma espécie de seres humanos (os heterossexuais)”, sendo que “O que o Supremo Tribunal Federal pretendeu, julgando tais ações, foi fazer prevalecer aqueles Valores, Princípios e Objetivos face às regras discriminatórias existentes em nosso arcabouço jurídico, não permitindo que o afeto e o amor sirvam como razão de *discrímen* para institutos como união estável, casamento e adoção, por exemplo”;

(iii) citou as decisões de Jacareí/SP e Brasília/DF, supratranscritas, bem como uma de Cajamar/SP, que também adotaram essa exegese para permitir a conversão de união estável homoafetiva em casamento civil;

(iv) afirmou que, “Acima de tudo, trata-se do *reconhecimento do Amor como Valor Jurídico extremamente importante, e fundante das sociedades humanas*”;<sup>27</sup> (iv) com base nessas razões, julgou procedente o pedido em questão.

---

<sup>27</sup> Vale citar a íntegra das transcrições doutrinárias feitas pelo magistrado: “Discorrendo sobre o assunto, ensina *Silvio de Macedo, verbis*: “(...) O amor é um *valor* vital, estético, metafísico, ético, social, jurídico como consequência. O sistema jurídico, aberto, permite certa permeabilidade do amor. Daí se caracterizar também como *valor jurídico*. Se o amor pode sacudir as estruturas sociais e se estas só mantêm estabilidade pelo direito, então amor e direito se aglutinam no sistema jurídico, formando o valor jurídico. Polivalente e tocando os diversos níveis da escala axiológica, o AMOR é idôneo para tocar e sensibilizar as demais estruturas sociais, a heterorealização social, onde se aperfeiçoa e se realiza, instaurando a ordem não apenas jurídica, mas metajurídica. Grandes contatos do direito com o amor, em determinadas circunstâncias históricas e individuais, mostram não só a subjetividade, mas a objetividade da fé, da esperança e do amor no plano das realizações sociais, daí não se justificando a não inclusão do amor como valor social, ao lado dos demais valores” (*Curso de Axiologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 93). “E se o Amor é não apenas um Valor jurídico, como também a causa das causas de todos os direitos e da própria Convivência Humana, não há razão para indeferir o pedido ora formulado, baseado justamente nesse valor, tão raro nos dias atuais. ‘*O amor pelo próximo* é princípio subliminar da ordem. É o sentimento primeiríssimo, o primeiríssimo elã da alma, dos que são levados a conviver numa comunidade. Mesmo quando obumbrado, não bem percebido ou expresso, ele é o cimento subjacente da união dos seres na sociedade. É o elo tácito da comunhão humana numa Nação. Em verdade, o amor constitui, no imo da consciência de legisladores e intérpretes, a matriz silenciosa, o submerso manancial, a inspiração geradora da *Disciplina da Convivência*. É a origem mais pura, mais profunda da legislação: a causa das suas causas. É a fonte natural do Direito” (O primeiro mandamento, *Estudos...* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 7).

O *juiz Fernando Dominguez Guiguet Leal*, de Franco da Rocha/SP, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão proferida em 19.08.2011, com base nos seguintes fundamentos:

(i) a decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4.277 “afastou-se qualquer interpretação do artigo 1.723 do C. Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”, anotando que mostrou-se acertada a decisão, já que no Brasil e no mundo diversas pessoas vivem em união estável homoafetiva, ao passo que o casamento civil garante mais direitos que a união estável, razão pela qual entende que, por força dos “princípios da igualdade, da dignidade humana e da proibição de discriminação, não há justificativa legítima a sustentar a proibição”;

(ii) a laicidade estatal justifica tal posicionamento, já que estamos a tratar de casamento civil e não de casamento religioso;

(iii) irrelevante o argumento da ausência de procriação, já que não se proíbe o casamento civil entre casais heteroafetivos estéreis;

(iv) “a redação dos artigos 1.514 e 1.535 do C. Civil, por se referir ao homem e à mulher e à marido e mulher, respectivamente, não pode servir de empecilho ao casamento civil homoafetivo, já que tratou da regulamentação do casamento heteroafetivo, sem, contudo, dispor qualquer proibição ao casamento ora pretendido, permitindo, portanto, a aplicação da analogia e da interpretação extensiva decorrente dos princípios constitucionais já citados, que se encontram no topo da hierarquia das normas”;

(v) “a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5.º, inciso II, parágrafo único, traçou novos contornos ao conceito de família, tendo estabelecido compreender a família como unidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, cujas relações pessoais independem de orientação sexual”;

(vi) para finalizar, afirmou que “para que a sociedade evolua de forma pacífica, equilibrada e harmoniosa, é que estejam presentes nas famílias, qualquer que seja sua formação, o amor familiar, o respeito, o entendimento, a compreensão, a orientação e a tolerância, sentimentos e virtudes imprescindíveis para o sadio desenvolvimento de seus integrantes”;

(viii) por esses fundamentos, deferiu o pedido formulado.

O *juiz Mario Sergio de Menezes*, da Corregedoria Permanente de Limeira/SP<sup>28</sup>, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 30.08.2011 sob os seguintes fundamentos:

(i) sobre a afirmação do parecer ministerial contrária à possibilidade jurídica da conversão por ausência de dispositivo legal que a autorize para casais

---

<sup>28</sup> Processo 3.859/2009.

formados por pessoas do mesmo sexo, afirmou que “tal interpretação tampão é pouco para solucionar algo que envolve direitos fundamentais com muitas implicações”, pois o sistema normativo consagra a regra segundo a qual todos os comportamentos humanos ou estão positivamente regulados ou estão negativamente permitidos [Regis de Oliveira], donde sua atuação judicial não configura ação de “legislador positivo”, mas de respeito à eficácia do direito já existente, “que é o direito fundamental, previsto na Constituição”;

(ii) “Cuida-se, desse modo, de cumprimento da importante missão conferida aos juízes e tribunais, consistente em zelar pelos direitos fundamentais dos cidadãos”, donde “Não se trata de ultrapassagem dos limites da atribuição constitucional da jurisdição”, pois no nosso sistema possui permissivo legal que confere ao julgador o poder de colmatar lacunas no art. 4.º da LICC [atual LINDB]”;

(iii) “o Estado investido de representante da sociedade paulatinamente passou a reconhecer e conceder direitos civis aos casais do mesmo sexo vivendo em união habitual”;

(iv) o STF, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, “deu eficácia jurídica à união estável entre casais do mesmo sexo, equiparando-a a entidade familiar, com efeito vinculante e normativo segundo a regra do art. 102, §2º, da CR/88”, sendo que *“O resultado do julgamento proferido pela Excelsa Corte passou a constituir disposição jurídica integrada ao sistema, o que permite ao juiz aplicá-lo através de uma interpretação extensiva, tendo como pressuposto que, se o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal (princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana), para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, é porque o entendimento consolidado na Corte Maior é de que no nosso atual sistema já não subsiste a diferença jurídica entre homens, mulheres e homossexuais ou, para ser mais específico, entre heterossexuais e homossexuais. Portanto, conclui-se que não se justifica tratamento distinto dos dois e que os direitos civis devem estender-se, por analogia, aos homossexuais”*;

(iii.1) assim, “Examinando a questão à luz das considerações de Alf Ross<sup>29</sup>, é possível sustentar *cum grano salis* que o Supremo Tribunal Federal afirmou que não há mais distinção, no âmbito dos direitos civis, entre sujeitos heterossexuais e homossexuais. É dizer, em outras palavras, *se ele disse estar*

---

<sup>29</sup> “O problema subjacente à interpretação extensiva (interpretação por analogia) pode ser descrito da maneira que se segue. Se segundo seu sentido linguístico natural uma regra se aplica à esfera A), sua extensão à esfera B) pressupõe: 1) Que atua uma valoração jurídica em favor da aplicação da regra à esfera B). Essa valoração pode fundar-se em particular na concepção de que a regra é uma formulação parcial, uma revelação incompleta e esporádica de um ponto de vista mais geral. 2) Que não há diferenças entre A) e B) que possam justificar o tratamento distinto dos dois casos. Se, por exemplo, uma lei antiga utiliza palavras tais como ‘ele’ e ‘homem’, pode-se sustentar que no direito atual não subsiste a diferenciação jurídica entre ‘homens’ e ‘mulheres’, e que a lei, portanto, deve estender-se, por analogia, às ‘mulheres’” (Alf Ross, *Direito e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007, p. 179. Referência do original; aspas simples nossas).

*excluído do texto do art. 1.723 do CC qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com efeito vinculante e normativo, permitiu extrair que a nova interpretação do referido artigo seja compreendida em relação a outros casos, cuja situação equipara-se àquele, mas não está normatizada”;*

(iv) embora afirme que tais fundamentos bastassem para a procedência do pedido, acrescenta que:

(iv.1) não cabe o uso de dogmática religiosa para decidir o tema, porque “As interpretações das religiões em temas de interesse da sociedade são, em sua maioria, muito duras, quando conflitam com seus dogmas. O problema é que a sociedade se modificou muito no último século, resultado da Secularização, de modo que ela apresenta novas relações, novas necessidades, que as religiões, engessadas por dogmas, não conseguem se adaptar”;

(iv.2) a gradativa evolução dos direitos fundamentais está ligada ao poder transformador do Poder Judiciário – diversas mudanças na sociedade tiveram início nos Tribunais “através da atuação transformadora dos juízes, ante a recusa ou demora na criação de dispositivos legais”, como no período denominado como crise da sociedade escravista dos vinte anos finais do Império, decorrente de novas interpretações baseadas no “princípio do direito natural à liberdade individual”, de sorte a precipitar, também pela via judicial, o fim da escravidão, interpretação esta acolhida por alguns juízes que reconheceram a liberdade de inúmeras pessoas escravizadas ilegalmente [André Koerner], donde se percebe que “a atuação dos juízes em prol da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, como se pode observar, desde o Império, precede a criação de dispositivos legais que depois acabam sendo introduzidos no ordenamento jurídico, mas sempre e somente após a corajosa atuação de juízes então considerados heterodoxos, outsiders etc., mas que não se acomodaram em atuar na promoção dos direitos fundamentais”;

(iv.3) “No caso desta temática, é incontestável que, na atualidade, a união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade e toma conta da sociedade, eu não a repudia, ao contrário, recebeu-a de braços abertos. Em 1975, quando o atual Código Civil foi redigido, era inconcebível falar em união de pessoas do mesmo sexo e em 1916, ano de criação do Código Civil revogado talvez isso nem fosse pensado. Até porque, basta lembrar que este último continha dispositivo que dava ao marido direito de devolver a noiva à casa paterna, se descobrisse nas núpcias que ela já tinha sido deflorada. Os tempos são outros, e a união estável de pessoas do mesmo sexo constitui uma realidade imposta ao direito. Seus operadores devem enfrentá-la desapegados de dogmas religiosos e preconceitos sociais”, pois “*Negar o acesso a estas pessoas aos mesmos direitos civis que gozam as pessoas heterossexuais configura uma forma legalizada de segregação e isso não representa o espírito da Constituição Federal. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana foram erigidos à categoria de direitos fundamentais com a finalidade de agregar e não de excluir, acabar com as desigualdades, não criar barreiras.* Na definição de Karl Engisch, ‘O Direito é, historicamente,

produto de interesses’, como tal, deve ser visto como algo que está a serviço da sociedade. Destinado a resolver e pacificar os interesses particulares e coletivos, não deve existir constrangimento quando mudanças na sociedade exigem configuração diferente das leis e alteração da interpretação dos comportamentos. Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. (...) Enfim, *na atualidade, a promoção da igualdade entre os seres humanos, sem distinção de orientação sexual, é uma tendência universal* o que pode ser entendido com a aprovação da Resolução ‘Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero’, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, apresentada por África do Sul e Brasil”. Por tais razões, converteu a união estável homoafetiva em questão em casamento civil.

O *juiz Wladimir Paes de Lira*, da 26ª Vara Cível/Família da Comarca de Alagoas, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 25.11.11<sup>30</sup> pelos seguintes fundamentos:

(i) afirmou que sempre entendeu a união homoafetiva como entidade familiar autônoma, pelo caráter aberto (exemplificativo) do rol de entidades familiares do art. 226 da CF/88 e, embora entendesse que casamento civil e união estável suporiam a diversidade de sexos, por força da “perspectiva de uniformização ética das decisões [judiciais]” curvou-se ao entendimento do STF que qualificou a união homoafetiva como união estável, donde reconheceu o direito ao casamento civil a casais homoafetivos, na medida em que *o mesmo raciocínio (de interpretação extensiva) que reconhece a união estável homoafetiva se aplica para o reconhecimento do casamento civil homoafetivo*<sup>31</sup>;

(ii) com efeito, “Se a não inclusão dos casais homossexuais no artigo 1.723, o torna inconstitucional, por ferir direitos fundamentais como os da igualdade, da proibição de discriminação em função da orientação sexual e o

---

<sup>30</sup> Processo não informado.

<sup>31</sup> “Como disse, sempre estive entre os que entende a união homossexual como entidade familiar específica, interpretando--se o artigo 226, da Constituição Federal, sistematicamente com os demais dispositivos da Lei Maior, principalmente com o catálogo de direitos fundamentais previsto no artigo 5º, visando a efetivação da dignidade da pessoa humana pela concretização dos referidos direitos, e neste diapasão, tanto a união estável quanto o casamento estariam vinculados constitucionalmente a necessidade de diferenciação de sexos, embora fosse a união homossexual também uma entidade familiar. Não me parece ser de grande relevância o meu entendimento pessoal, se o STF já decidiu, em caráter *erga omnes*, que o artigo que trata da união estável, previsto no Código Civil, se estende aos casais do mesmo sexo. Sendo essa a decisão do Supremo, me parece inafastável a possibilidade de se reconhecer a possibilidade de casamento civil entre tais casais, até porque, a mesma linha de raciocínio utilizada para uma hipótese se aplica integralmente à outra. (...) Não podemos esquecer que no voto vencedor no STF, o Ministro Carlos Ayres conclui que deve ser interpretado extensivamente o artigo 1723 do Código Civil, para alcançar as uniões homoafetivas, sob pena de inconstitucionalidade. Não há como se dar interpretação diferente ao artigo 1.514, que trata do casamento, sob pena de incorrer em semelhante inconstitucionalidade”. Sobre o tema, anote-se apenas que, embora louvando o magistrado por se curvar ao posicionamento do STF sobre o tema, o mesmo se equivocava[va] ao dizer que casamento civil e união estável estariam “vinculados constitucionalmente à necessidade de diferenciação de sexos”, pois a Constituição e o Código Civil não dizem que união estável e casamento civil se dão “apenas” entre homem e mulher, donde o fato de citarem a expressão “o homem e a mulher” significa a regulamentação do fato heteroafetivo como união estável e casamento civil sem proibição do fato homoafetivo como tal, donde caracterizada lacuna colmatável por interpretação extensiva ou analogia.

da liberdade de se constituir em família, entre muitos outros, a não extensão no dispositivo que trata do casamento, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, torna este último igualmente inconstitucional, por ferir exatamente os mesmos direitos que na decisão da união estável o STF procurou garantir”. Assim, permitiu a habilitação do casamento em questão.

Na *2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santos/SP* foi convertida união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 12.12.2011<sup>32</sup> afirmando que “é de rigor reconhecer a constituição de união estável e, conseqüentemente, de entidade familiar entre as correquentes, desde 31/7/2009, com fundamento nos termos do artigo 226, § 3º, da Constituição da República e no artigo 1.723 do Código Civil, interpretados de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação da discriminação e da busca pela felicidade” e que “O direito das correquentes a se casarem civilmente ou terem sua união estável convertida em casamento civil é inequívoco pelos motivos já expostos no item anterior e pelo fato do já citado § 3º do artigo 226 da Constituição Federal determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Neste sentido, foi o recente posicionamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial n.º 1183378 do RS, realizado no dia 25/10/2011, proveu recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil e concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento”.

A *juíza Rafaela de Melo Rolemberg*, da Comarca de Guarulhos/SP<sup>33</sup>, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 07.02.2012 sob os seguintes fundamentos:

- (i) “resta superada a discussão acerca da aplicação dos direitos oriundos da união estável aos casais do mesmo sexo” em razão da decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277;
- (ii) “a decisão acima mencionada, cujos efeitos são vinculantes e erga omnes, ao afastar qualquer interpretação discriminatória do art. 1.723 do Código Civil que impedia o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não só reconheceu como união estável a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como também garantiu todos os efeitos jurídicos dela decorrentes, dentre os quais o recebimento de pensão e herança, partilha de bens, adoção, mudança de nome e, em especial o direito da conversão ao casamento civil. Nesse contexto, *perfeitamente aplicável o art. 1.726 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual os conviventes podem requerer a conversão da união estável em casamento, mediante pedido ao juiz para posterior assento no Registro Civil da Circunscrição de seus domicílios*”, especialmente porque “*conferir tratamento isonômico à união estável entre pessoas do mesmo*

---

<sup>32</sup> Processo 562.01.2011.036208-2 (2136/2011).

<sup>33</sup> Processo 224.01.2011.081916-6.

*sexo nada mais é do que efetivar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e da promoção do bem de todos sem discriminação ou preconceito”.*

A **8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, relator Desembargador Luiz Felipe Francisco, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 17.04.2012<sup>34</sup> sob o fundamento de que “O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na ADI 4.277/DF, atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à interpretação dada ao art. 1.723, do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. *A Constituição da República determina seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Portanto, presentes os requisitos legais do art. 1.723, do Código Civil, não há como se afastar a recomendação constitucional, conferindo à união estável homoafetiva os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, tal como sua conversão em casamento*”, bem como destacando o “Precedente do STJ [REsp n.º 1.183.378/RS] que admitiu o próprio casamento homoafetivo, a ser realizado por simples habilitação in casu, forçoso é de concluir que merece reforma a decisão monocrática, convertendo-se a união estável caracterizada nos autos em casamento”.

O **juiz Adonias Barbosa da Silva**, da 03ª Vara da Família de Tocantins, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 23.04.12<sup>35</sup> pelos seguintes fundamentos:

- (i) “até há pouco a jurisprudência orientava apenas no sentido de reconhecimento das uniões formadas entre homem e mulher, mas com o avanço doutrinário e jurisprudencial, passou a considerar a existência, também, de família entre pessoas do mesmo sexo que buscam a felicidade juntas”;
- (ii) “O casamento é um ato festejado tanto pelos poetas, quanto pelos teólogos. É exercitado pelos povos ricos e pelos mais humildes, porém todos o consideram meio sereno de se alcançar a felicidade”;
- (iii) cita julgado do TJRS segundo o qual o caput do art. 226 da CF/88 é uma norma de inclusão, donde não ser lícito excluir qualquer entidade familiar que preencha os requisitos da afetividade<sup>36</sup>, estabilidade e notoriedade, sendo exemplificativo o rol de entidades familiares ali previsto, de sorte a se garantir a inclusão das entidades familiares implícitas (AC n.º 700039676776); (iv) cita o art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, segundo os quais as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata e não excluem outras decorrentes do regime constitucional, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte;

<sup>34</sup> AC 0007252-35.21012.8.19.0000.

<sup>35</sup> Processo n.º 5003849-43.2011.827.2729.

<sup>36</sup> Embora o magistrado tenha escrito “efetividade”, ele claramente quis se referir à “afetividade”.

(iv) afirma que está pacificado que a união estável é uma forma de família e, *agora, com a decisão da Suprema Corte, que é possível a constituição de união estável por pessoas do mesmo sexo, donde, tendo a Constituição garantido às pessoas que vivam em união estável o direito de convertê-la em casamento civil (art. 226, § 3.º, parte final), tem-se que “o caminho mais seguro é a procedência do pedido inicial, autorizando assim que as Requerentes exercitem o direito de busca da felicidade, estando afastados quaisquer óbices à conversão de união estável homoafetiva em casamento civil entre pessoas do mesmo sexo por força da decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277 [momento no qual pediu *venia* a seus ex-alunos por ter dito o contrário quando lecionou a disciplina].*

O *Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo*, relator Corregedor José Renato Nalini, proveu diversos recursos e negou provimento a outro para reconhecer o direito de casais homoafetivos converterem sua união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 31.05.2012<sup>37</sup> sob o fundamento de que a decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277 reconheceu como entidade familiar a união estável homoafetiva em um “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, donde, sendo uma das consequências da união estável a possibilidade de conversão em casamento civil, o efeito vinculante da decisão do STF obriga ao reconhecimento do direito de conversão da união estável homoafetiva em casamento civil. A decisão destacou, ainda, a decisão do STJ no REsp n.º 1.183.378/RS, que permitiu o casamento civil a duas mulheres, donde decidiu motivado nestas duas decisões – razão pela qual entendo que também reconheceu o direito ao casamento civil direto, sem necessidade de prévia união estável.

O *Registro Civil de Pessoas Naturais de Florianópolis/SC* converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 11.07.2012<sup>38</sup> sob os seguintes fundamentos:

(i) “Embora a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal [ADPF 132 e ADI 4.277] não se refira à possibilidade de casamento, a própria Constituição da República, art. 226, § 3.º, parte final, menciona que a Lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Portanto, *a partir da mesma tônica presente na razão de decidir do Supremo Tribunal Federal, caso não haja tal conversão, haverá descumprimento àquela decisão; se o Supremo Tribunal Federal decidiu, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, que casais do mesmo sexo poderão constituir união estável, é possível, dentro da mesma razão de decidir, autorizar a conversão desta em casamento*”;

(ii) o STJ, no REsp 1.183.378/RS, reconheceu o direito a duas mulheres se

---

<sup>37</sup> Apelações Cíveis (AC) n.º 0034412-55.2011.8.26.0071, 0001093-72.2011.8.26.0564, 0001545-82.2011.8.26.0564, 0004335-34.2012.8.26.0037 e 0000050-38.2011.8.26.0326, julgadas conjuntamente (a primeira de autoria deste autor, que realizou sustentação oral no referido julgamento).

<sup>38</sup> Processo não informado. Para a íntegra de minha sustentação oral, vide <http://pauloriv71.wordpress.com/2012/06/01/sustentacao-oral-no-tj-sp-em-prol-da-conversao-de-uniao-estavel-homoafetiva-em-casamento-civil/> (último acesso em: 2 out. 2012).

casarem civilmente porque, “Seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Turma concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento”, sendo que “o Poder Legislativo poderia, se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluído da abrangência legal, o que não ocorreu” [e, segundo o magistrado, “nem poderia” fazer] e na afirmação de que “Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento”;

**(ii.1)** destacou o voto do Ministro Marco Buzzi no sentido de que “a união homoafetiva é reconhecida como família. Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. Segundo ele, tolerância e preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano”;

**(iii)** citou a decisão do TJRJ na AC n.º 007252-35.2012.8.19.0000 na colocação de que “o ordenamento jurídico não veda expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que, ‘portanto, ao se enxergar uma vedação implícita ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, estar-se-ia afrontando princípios consagrados na Constituição da República, quais sejam, os da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo’” e de que “se a Constituição da República determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, e se o STF determinou que não fosse feita qualquer distinção entre uniões hetero e homoafetivas, ‘não há que se negar aos requerentes a conversão da união estável em casamento, máxime porque consta dos autos a prova de convivência contínua, estável e duradoura’. ‘Ressalte-se, por oportuno, que o Direito não é estático, devendo caminhar com a evolução dos tempos, adaptando-se a uma nova realidade que permita uma maior abrangência de conceitos, de forma a permitir às gerações que nos sucederão conquistas dos mais puros e lídimos ideais’”;

**(iv)** citou a lição de Maria Berenice Dias no sentido de que a família homoafetiva, no contexto das famílias plurais, merece proteção constitucional e a afirmação da autora de que entre os impedimentos para o casamento, de fato, não se impõe como condição a diversidade de sexos, donde o argumento de que o pedido não poderia ser conhecido por inexistir lei sobre o tema colide com a determinação de que o juiz não poderá se omitir de julgar na ausência de lei, ante a determinação do próprio sistema de que julgue mesmo havendo omissão da lei, segundo a analogia, os

costumes e os princípios gerais do direito, razão pela qual concluiu que, *em face das razões expostas pelo STF da ADPF 132, é de se aplicar tal regra, a fim de reconhecer, analogicamente, a possibilidade da conversão da união estável homoafetiva em casamento civil;*

(v) “O parecer do Ministério Público de f. 61<sup>39</sup> beira à homofobia. Não posso no espaço público impor minhas concepções de mundo, especialmente preconceituosas e discriminatórias. Padrão de normalidade em sexualidade, conforme apontado pela manifestação, parece ser a autoritária família monogâmica, hetero, machista e monocromática. Essa decisão aceita a diversidade, o colorido, porque não pode acreditar que o Estado deve exigir modelo único de felicidade familiar. Aliás, por fim, cabe dizer que o Estado – e a Constituição da República – deve garantir, conforme Habermas (mas talvez seja querer demais), a cláusula do Livres e Iguais. E iguais não se distinguem pela cor, idade, sexo ou profissão!”. Por essas razões, julgou procedente o pedido [grifos nossos].

O *juiz Frederico dos Santos Messias*, da 4ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP, converteu união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 17.07.2012<sup>40</sup> sob os seguintes fundamentos:

(i) a decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277 conferiu interpretação conforme ao art. 1.723 do CC/2002 para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhe o caráter de “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”;

(ii) “Na esteira da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.183.378-RS, com origem na 4ª Turma, por maioria de votos, para deferir a habilitação de casamento para a hipótese de um relacionamento homoafetivo, fundada a conclusão no princípio da dignidade da pessoa humana”;

(iii) “a entidade familiar formada a partir de uma união homoafetiva sempre mereceu a proteção conferida pelo artigo 226, ‘caput’, da Constituição Federal, mesmo antes das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, na medida em que somente fizeram reconhecer o preexistente caráter familiar do relacionamento homoafetivo”, donde continuar e concluir da seguinte forma:

Indago: O caráter familiar da relação entre pessoas do mesmo sexo, baseada no princípio da afetividade, nasceu da decisão judicial? É claro que não! A formação da família, enquanto entidade fundada na afetividade dos seus membros, nasce do amor, da cooperação mútua, do respeito, características que independem do sexo das pessoas que a integram. Por isso mesmo,

---

<sup>39</sup> No relatório, a decisão assim descreveu os fundamentos do parecer: “O Ministério Público se manifestou desfavoravelmente ao pleito, aduzindo que, nos termos da letra da Constituição da República, e da lei, seria impossível o deferimento do pleito (fl. 61)”.

<sup>40</sup> Processo não informado.

com o devido acatamento, é desnecessária a edição de qualquer diploma legislativo para reconhecer a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos mesmos moldes do casamento entre pessoas de sexos diferentes. *Por que tratar diferente os iguais? Sim, porque não vislumbro diferença substancial entre relacionamentos formados por pessoas do mesmo sexo ou por pessoas de sexos diferentes. Ofende o princípio da dignidade humana a decisão judicial que se propõe omissa ao argumento da falta de lei. As relações estáveis homoafetivas têm direito ao casamento e não se revela consentâneo com o espírito da igualdade, impregnado no Texto Constitucional, impedir o casamento baseado no amor.* Por fim, anoto que estamos diante uma nova geração, com valores e conceitos diversos das gerações anteriores, que muitas das vezes oprimiam os relacionamentos homoafetivos, cabendo-nos agora a função de nos educarmos e de educarmos nossos filhos a aprender conviver com uma nova família, que em nada difere do modelo até então conhecido, pois que todas são baseadas no princípio da afetividade. Pelo exposto, defiro a habilitação” [grifo nosso].

A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatora Desembargadora Sulamita Bezerra Pacheco, deu provimento a recurso para converter união estável homoafetiva em casamento civil em decisão de 23.08.12<sup>41</sup> pelos seguintes fundamentos:

(i) errou o juízo *a quo* ao afirmar a impossibilidade jurídica do pedido, “porquanto a ‘possibilidade jurídica do pedido’ decorre da ausência de proibição legal da conversão da união estável homoafetiva em casamento, o que torna plenamente aferível a sua procedência ou não, até por interpretação extensiva ou analógica”, donde passou a decidir o mérito do tema por se tratar de questão exclusivamente de Direito (cf. art. 515, § 1.º, do CPC/1973);

(ii) “como sabido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de votos, na análise conjunta da ADPF 132-RJ e da ADI 4.277, reconheceu a união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como legítima entidade familiar, abolindo quaisquer distinções interpretativas entre as relações homoafetivas das heteroafetivas. Ou seja, *consagrou, no julgado histórico referido, a igualdade de direitos das pessoas independentemente de sexo ou orientação, garantindo as mesmas regras e consequências das uniões estáveis heteroafetivas às homoafetivas, equiparando-as, pois, de modo igualitário (isonômico) sem quaisquer diferenciações.* Nele, a Corte Maior Constitucional, esteando-se nos princípios, direitos e garantias fundamentais (preâmbulo, arts. 1.º III, 3.º, I e IV e 5.º, *caput*, I, II e X, da CF) explicou o verdadeiro sentido axiológico do art. 226, § 3.º, da CF, bem como deu ao art. 1.723 do CC interpretação conforme à Constituição, dissipando quaisquer questionamentos em contrário, ante a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da orientação içada em sede de controle abstrato de constitucionalidade (§ 2.º, do art. 102 da CF e parágrafo único, do art. 28, da Lei 9.868/1999)”, momento no qual transcreveu a ementa e trechos dos votos dos Ministros Ayres Britto e Fux – aquele na vedação a discriminações por sexo e na vedação à discriminação

---

<sup>41</sup> Apelação Cível (AC) 2012.003093-8.

dos heteroafetivos relativamente aos homoafetivos (do que se destaca a “*proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família*” e a afirmação de que o “*Casamento civil, aliás, [é] regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’*”), este na afirmação de que nada distingue ontologicamente as uniões estáveis heteroafetivas das homoafetivas por ambas manterem entre si uma relação de afeto, suporte e assistência recíprocos criadora, em comunhão, de projetos de vida duradoura em comum, donde merecer esta a mesma proteção constitucional conferida àquela;

(iii) “Desta feita, inafastável a decisão suprema da aludida Augusta Casa, a qual expressou peremptoriamente a condição igualitária de tratamentos da união estável homoafetiva com a heteroafetiva, e as caracterizou, de forma equiparada, como ‘núcleo familiar’. E, como positivado no art. 226, § 3.º, da CF, a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada pela lei. (...) De mais a mais, *não há no Código Civil qualquer imposição restritiva no sentido de que o casamento civil se perfectibilize apenas com sexos diversos, isto é, não há proibição para a sua concretização entre pessoas do mesmo sexo. Contrariamente, a possível omissão legislativa é suprível pela Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), especificamente no seu art. 4º: (...) Logo, perfeitamente admissível no nosso ordenamento jurídico brasileiro o pleito communis consensus de Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento Civil, de modo identicamente permitido a de natureza Heteroafetiva. Doutro turno, o STJ, Órgão competente máximo para análise da legislação infraconstitucional do País, aí inserida o Código Civil, recentemente (j. 01.02.2012), elucidou mais ainda a matéria, textualmente proclamando, de forma incisiva, no REsp 1.183.378/RS (j. 25.10.2011, p. 01.02.2012) que ‘...os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar ...’”;*

(iv) “Aliás, pensar de modo diferente, é o mesmo que fomentar insegurança jurídica a estas situações (dirimidas pelos Guardiões Máximos Constitucional e Infraconstitucional), afrontar a dignidade da pessoa humana, discriminar preconceituosamente o optante [sic] pelo mesmo sexo, vilipendiar os princípios da isonomia e da liberdade, e retirar da família constituída pelo casal homoafetivo a proteção Estatal arraigada na Carta Magna, reduzindo-a a uma subcategoria de cidadão e conduzindo-a ao vale do ostracismo. (...) Frise-se que o Conselho de Direitos Humanos da ONU, no dia 17/06/11, elaborou a Resolução A/HRC/17/19 (na qual o Brasil, inclusive, votou pela sua aprovação) objetivando promover a igualdade das

peessoas sem distinção da orientação sexual e encontrar meios para estancar a violência e a violação dos direitos humanos cometidas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero (...); (v) “a família é a base da sociedade e sua concretização formal se dá de forma mais ampla através do casamento, buscado por muitos no incessante almejo do bem maior da vida, ‘O amor’, desaguador da sonhada ‘felicidade’”<sup>42</sup>;

(vi) “Ademais, a opção sexual [sic] do ser humano voltada à formação da família, não deve ser motivo de críticas destrutivas, mas sim de integral proteção estatal, até porque, como há muito apregou o poeta Machado de Assis em seu primeiro romance denominado Ressurreição ‘*Cada qual sabe amar a seu modo; o modo pouco importa; o essencial é que saiba amar*’. (...). Por derradeiro, sob a ótica da justiça e do respeito real ao Estado Democrático de Direito, é de se focar a sempre lembrada doutrinadora Maria Berenice Dias: ‘... *O caminho está aberto. Basta que os juízes cumpram com sua verdadeira missão: fazer justiça. Acima de tudo, precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais sensibilidade e menos preconceito. Os princípios da justiça, igualdade e humanidade devem presidir as decisões judiciais. Afinal, o símbolo da imparcialidade não pode servir de empecilho para o reconhecimento de que a diversidade necessita ser respeitada, Não mais se concebe conviver com a exclusão e com o preconceito em um Estado Democrático de Direito...*’ (Revista *Magister de Direito Civil e Processual Civil*, 32 – set./out. 2009, p.

---

<sup>42</sup> Aqui o Tribunal trouxe argumentações religiosas que consideramos que não deveriam ser apresentadas em uma decisão judicial pelo Estado ser Laico, a significar que fundamentações religiosas não podem embasar decisões jurídicas, mas, como foi apenas um complemento da decisão (verdadeiro *obiter dictum*), transcrevemos seu teor, até para mostrar aos religiosos em geral como conjugalidade homoafetiva é condizente com os valores divinos (no caso das transcrições abaixo, valores cristãos) da mesma forma que a conjugalidade heteroafetiva: “Neste aspecto, me escoro aos ensinamentos de Cristiane Bicca (praticante da doutrina espírita), promanados em palestras difundidas no site ‘www.espirito.org.Br’: ‘... Deus não nos castiga, não nos premia, nós é que construímos através do livre-arbítrio. É aí que entra a felicidade de servir. A arte de viver é a arte de servir. Feliz é quem ama, não aquele que se faz amado. Felicidade é a arte de exalar alegria, a proposta da felicidade é esta autossuperação, da dominação das nossas más inclinações. Somos filhos de Deus. A felicidade é possível e já, não precisamos transferi-la. Quando buscamos e achamos Deus, não reclamamos-no mais, podemos dizer a este Pai que amamos a vida, amamos o amor. Encaremos a vida com os olhos do bem, com a visão do amor e com o concreto desejo de olharmos à nossa volta e verificarmos que o Pai tudo nos legou para que a nossa felicidade se efetive já. Abençoemos o trabalho em que a vida nos situou; santifiquemos a família terrena do jeito que os familiares são; enfrentemos com dinamismo e alegria os obstáculos da vida e assim, amando e servindo, haveremos de encontrar a felicidade que há muito tempo espera por nós ...’. ‘... Com uma convivência aberta, cada um vai ficando menos egoísta, porque aceita o outro como ele é e acredita que também pode aprender algo com o outro. É um processo de muita interação, que só ocorre quando aceitamos os outros e quando saímos da condição de ‘certinhos’, de perfeitos. Todos nós precisamos de contrastes, das adversidades, por isso é que o benfeitor Emmanuel afirmou ser o lar o purificador das almas individualizadas [sic]. As carências de hoje representam os abusos do passado. É preciso, pois, estar atento ao aprendizado que a vida familiar está lhe oferecendo. Só a família é capaz de propiciar essa experiência tão enriquecedora. Sem esquecer, ainda, que na família é que nós encontramos as nossas melhores companhias... Portanto vamos amar nossa família do jeito que ela é. E se eles não são aquilo que gostaríamos que fossem, lembrem-se de que nós também não somos o que eles gostariam que fôssemos. Sem esquecer, ainda, que provavelmente já convivemos com eles em vidas passadas e devemos ter nossa parcela de responsabilidade nessa história de capítulos tristes, mas cujo final poderá ser muito feliz, se soubermos amá-los como nossos irmãos. Eles, nossos familiares, são nossos próximos mais próximos. Não adianta querer amar o mundo, se ainda não somos capazes de amá-los. Se houver muito ódio, perdoo. Esqueça as ofensas. Seja você aquele que ama. Não guarde o amor dos outros nem o reconhecimento pelos seus gestos. Dê o primeiro passo para a sua família ser mais feliz ...’. (...) E, como dito por Chico Xavier, ‘O Cristo não pediu muita coisa, não exigiu que as pessoas escalassem o Everest ou fizessem grandes sacrifícios. Ele só pediu que nos amássemos uns aos outros’” (BACCELLI, Carlos. *O Evangelho de Chico Xavier*. São Paulo: Didier, 2000, p. 109)”.

47/60)”. [grifos nossos]. Assim, deferiu a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil em questão.

Analisemos, agora, as decisões que deferiram casamento civil homoafetivo diretamente, sem que houvesse prévia união estável.

A *juíza Gardênia Carmelo Prado*, da 02ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Sergipe, permitiu habilitação em casamento civil (direto) a um casal homoafetivo em decisão de 03.05.12<sup>43</sup> sob os seguintes fundamentos:

(i) não vislumbra dificuldade “no trato jurídico de um aspecto tão inerente à condição humana: amar e ser amado. Afinal, o amar entre pessoas adultas e em plena capacidade de pensar e de determinar-se de acordo com isso deve ser sempre respeitado e honrado”<sup>44</sup>; (i.1);

(ii) “A diversidade dos papéis socioculturais, e em especial a orientação sexual dos indivíduos não deve importar a colocação dos casais homossexuais à margem da lei. Eles, como os casais heterossexuais, são tão destinatários dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da nuclearização da família, da intimidade, da privacidade, e de outros atrelados à condição dos indivíduos em relação a si mesmo[s] e em relações entre si e com a sociedade, como quaisquer outros cidadãos”;

(iii) “A par da necessidade de interpretar a norma constitucional conforme ela própria, não devemos deslembrar que, *em que pese a previsão constitucional não haver expressado, linguisticamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em nenhuma passagem proibiu tal ‘modalidade’* (pedindo permissão pelas aspas porque, na verdade, não há mesmo modalidade, mas um único instituto, num trato que deve ser uniforme e linear, único) casamento. E isso é juridicamente (muito) significativo. *Assim, a interpretação das normas, no âmbito exclusivamente da própria constituição, deve ser inclusiva e integrativa, à vista dos princípios que ela traz, como acima citamos alguns, e das circunstâncias sociais e históricas da época da promulgação da Carta Federal em 1988, e dos dias atuais*”<sup>45</sup>;

---

<sup>43</sup> Processo 201230200270.

<sup>44</sup> Explicou que “a simplicidade da questão fática não retira a necessidade de se expor as razões do julgamento, que são jurídicas, e as quais a sociedade tem o direito de conhecer, a par do dever da Julgadora de expor os fundamentos de suas decisões”, pois embora não apresente uma tal fundamentação para casamentos civis heteroafetivos, tal é aqui realizado “por necessidade de fincar um marco de inauguração de uma nova vertente de pensamento, de mais um passo de consolidação de tratamento igualitário entre iguais nesta Vara Judicial, e (quem sabe) de fomentar a proibição de que as cercas da desigualdade se levantem, ou teimem em ficar em pé, em outros rincões, sempre respeitando os sentires e olhares diferentes do meu”.

<sup>45</sup> Continuo a magistrada sobre o tema: “as instituições humanas, ainda carentes de certos elementos externos de referência coletiva e individual, são sempre as últimas a se adequarem a essas mudanças, apesar de testemunharmos um movimento salutar e crescente que prioriza a afetividade nas relações humanas, que se desloca silenciosa e constantemente do ter para o ser, da periferia para o núcleo dos seres dotados de alma e inteligência”, sendo que “apesar do tremendo avanço, a Carta Federal/1988 não teve como, onipresentemente, prever tudo, usar todas as expressões, esgotar todas as possibilidades, usar todas as palavras para todos os casos possíveis, abarcar todos os fenômenos que a sociedade nem suspeitava poder existir ou se estabelecer naquele contexto temporal. Querer diferente seria lançar a lei máxima do país à condição de mero arquivo linguístico de regulamentação, de mero repertório prescritivo, e de uma espécie de oráculo pós-moderno, o que é um absurdo em todas as perspectivas que se

(iv) após citar a decisão do STJ no REsp 1.183.378/RS, afirmou que “Não obstante a Carta Federal crie uma certa igualdade de tratamento entre casamento e união estável, o primeiro, inegavelmente, ainda tem muito mais aspectos de proteção jurídica imediatos que a segunda. (...) as requerentes querem estabelecer o contrato de casamento se submetendo apenas e tão somente às mesmas exigências que quaisquer outros tipos de pares que são admitidos ao processo de habilitação. Elas pleiteiam ser tratadas com igualdade em relação a quaisquer outros cidadãos nas mesmas condições civis e humanas que elas. Por isso a questão, como acima já destacamos, é tão simples, e deve ser encarada nessa exata medida”, donde destacando a ausência de prejuízo aos heteroafetivos pelo reconhecimento de direitos dos homoafetivos (voto do Ministro Ayres Britto), afirmou que “*se há reconhecimento da família formada por casais homoafetivos, se a união homoafetiva foi equiparada à união estável entre pessoas de sexo diferente, e se inexistente vedação constitucional discriminatória, segundo orientação e interpretação das questões pela Corte Máxima do país, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, razão não há para que os cidadãos, independentemente de gênero, tenham o seu direito reconhecido e garantido de realizar o seu casamento civil diretamente, sem submissão à via prévia da união estável* (a fim de que consigam a conversão de tal união estável em casamento). Por fim, cabe lembrar que a V Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) concluiu, no informativo 525, que ‘é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a referida habilitação’, o que fortifica ainda mais a possibilidade de realização do casamento civil pela via direta”. Assim, permitiu a habilitação do casamento em questão. [grifos nossos]

O **juiz Áureo Virgílio Queiroz**, da Comarca de Cacoal/RO, permitiu habilitação em casamento civil (direto) a casal homoafetivo em decisão de 25.01.2012<sup>46</sup>, seguindo parecer do Ministério Público, segundo o qual, com a decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277 e do STJ no REsp n.º 1.183.378/RS, “não há argumentos jurídicos--constitucionais aptos a impedir que duas pessoas do mesmo sexo busquem a sua realização pessoal através da constituição de uma família, direito que não é restrito aos casais heteroafetivos, mas sim a todo ser humano”, parecer este que aduziu que “os mesmos argumentos tecidos pelo STF em relação à união estável são aplicáveis ao casamento entre pessoas do mesmo sexo”, e “com fundamento no artigo 1.526 do Código Civil”, razão pela qual permitiu a habilitação do casamento em questão.

---

adote. Havia uma novidade a caminho, em todo o mundo, em todos os âmbitos, talvez apenas ao alcance da percepção ou do vislumbre de uns poucos visionários. Por isso o trabalho de integração e de interpretação da norma é contínuo”. Sobre a união homoafetiva na jurisprudência, afirmou que “Primeiro foi considerada pelos Tribunais como mera sociedade de fato (enquanto muitos juízes já avançavam para o sentido da união estável mesma), e depois como uma espécie de união onde apenas alguns direitos do companheirismo eram reconhecidos, até se chegar ao reconhecimento da união estável propriamente dita, igual à existente entre pessoas de sexo diferente; e, por fim, chegou-se à histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011, afastou as especulações e estabeleceu as bases de tratamento da questão para todos os demais julgamentos semelhantes no país (o efeito vinculante)

<sup>46</sup> Processo não informado.

A *juíza Lindalva Soares Silva*, da 6ª Zona do Registro Civil de Pessoas Naturais – 12ª Circunscrição do Rio de Janeiro, em decisão de 26.01.12<sup>47</sup>, permitiu habilitação de casamento civil (direto) a casal homoafetivo sob afirmando que, “Quanto à redação dos artigos 1514 e 1535 do Código Civil se referir ao homem e à mulher e a marido e mulher, respectivamente, não vislumbro como obstáculo ao casamento entre os requerentes, já que *as normas trataram da regulamentação do casamento heterossexual não havendo disposição proibitiva expressa ao casamento ora requerido permitindo-se a aplicação da analogia e da interpretação extensiva decorrente do princípio constitucional da dignidade, que se encontra no topo da hierarquia das normas*”<sup>48</sup>, razão pela qual permitiu a habilitação do casamento em questão.

O *juiz Antonio C.A. Nascimento e Silva*, da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre/RS, homologou pedido de habilitação em casamento civil (direto) a casal homoafetivo em decisão de 23.03.2012<sup>49</sup> sob o seguinte fundamento: “Considerando que a decisão do STF no julgamento da ADI nº 4.277 e, principalmente, do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.18[3].378/RS, homologo a presente habilitação, sem necessidade de acrescentar outra fundamentação”, pois “foram atendidos todos os preceitos legais do art. 1525 da Lei n.º 10.406/02 [Código Civil]”.

O *juiz Walteir José da Silva*, da Comarca de Manhaçu/MG, homologou habilitação de casamento civil (direto) a casal homoafetivo em decisão de 26.03.2012<sup>50</sup>, sob os seguintes fundamentos: “Essa decisão do STF fez com que todos os direitos que são dados aos companheiros heterossexuais em nosso sistema legislativo sejam estendidos às pessoas que vivem em união estável homoafetiva”, donde, destacando a afirmação do STF segundo a qual “o reconhecimento da união homoafetiva deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, afirmou, sobre a possibilidade do casamento civil homoafetivo, que “Concordamos com essa possibilidade, haja vista que se os homossexuais podem se casar, convertendo a união estável homoafetiva em casamento, devem, também, poder casar independentemente de viverem previamente em união estável, em veneração ao princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, pois as pessoas que estão em

---

<sup>47</sup> Processo 16.249/11.

<sup>48</sup> Ademais, afirmou o magistrado que “A união entre pessoas do mesmo sexo não é fato novo, havendo lenta e custosa aceitação social tendo como base a fundamentação de que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual. Neste início de século XXI a sociedade brasileira vem sendo movida por novos parâmetros de liberdade quanto àqueles que exercitam a própria sexualidade. Não restam dúvidas de que a orientação sexual é um direito de cada um devendo a todos, mesmo aqueles contrários por motivos pessoais e religiosos, respeitar e tolerar para que haja uma convivência harmoniosa sem conflitos sectários típicos de sociedades antigas. A tolerância é um sinal de sabedoria e quem não pensa igual a mim não pode ser tratado com desprezo como lamentavelmente ainda verificamos todos os dias na imprensa. O Juiz brasileiro, mesmo aqueles com formação religiosa mais rigorosa trabalha em um Estado laico com os princípios e normas jurídicas laicas cujo valor principal é a dignidade humana. Não podemos com base em valores morais pessoais de formação distinguir indivíduos pela sua orientação sexual. (...) Ouvido o Ministério Público, este manifestou desfavoravelmente ao argumento de ausência de menção expressa na norma civil que regula o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Com a devida vênia compreendo sua opinião baseada na nossa cansada tradição romano-germânica de ver o Direito. Na verdade todo este problema hermenêutico decorre da inércia legislativa que devido a interesses diversos não cumpre seu papel constitucional de pacificar relações sociais conflituosas deixando para o Judiciário essa função positiva. Para evitar conflitos a interpretação do Direito deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das novas formas de entidades familiares”

<sup>49</sup> Processo não informado.

<sup>50</sup> Processo não informado.

situações iguais (homossexuais), não podem ser tratados de forma desigual (quem vive em união homoafetiva casa e quem não vive está proibido)”, pois “*não há nenhum artigo no Código Civil que estabeleça ser a diversidade de sexo um pressuposto do casamento. Esse requisito sempre foi colocado pela doutrina (e não pela lei), em razão do costume histórico exigir tal requisito*”. Concluiu com as seguintes colocações: “Embora a decisão do Supremo não aborde casamento, porque este não fazia parte do pedido, a sentença foi muito importante para que eu tomasse a minha decisão nesta oportunidade. O que ficaria difícil seria fundamentar o indeferimento do casamento e não o seu deferimento, ante os argumentos legais ora expendidos. Fico feliz em contribuir para que os direitos humanos e a igualdade prevaleçam, de acordo com as Normas Constitucionais vigentes”. Com tais colocações, permitiu o casamento civil homoafetivo em questão. [grifo nosso]

A **6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, relator Desembargador Jair Soares, em decisão de 11.04.2012<sup>51</sup>, afirmou que “*Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar – desde a decisão proferida na ADPF n.º 132 e ADI n.º 4.277, a qual conferiu-se efeito vinculante e eficácia erga omnes - não há razão para não conferir igual proteção legal ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, legalmente realizado no estrangeiro, sobretudo para efeitos de comprovação de relacionamento afetivo com a finalidade de obtenção de visto permanente do cônjuge estrangeiro*”, donde “*descabida qualquer interpretação, pautada em critérios discriminatórios em razão do sexo dos contraentes do casamento no exterior, que enseje a recusa de direitos conferidos aos contraentes heterossexuais de casamento ou uniões estáveis, sejam esses nacionais ou estrangeiros. Se os autores são legalmente casados no estrangeiro, ausente a inevitabilidade de sujeição ao Poder Judiciário para que obtenham a situação jurídica favorável que pretendem, bem como ineficaz o procedimento eleito*”<sup>52</sup>. [grifos nossos]

O **juiz corregedor Renato Bariani Neves**, da Corregedoria do Serviço Extrajudicial da Comarca de Mogi das Cruzes<sup>53</sup>, permitiu habilitação em casamento civil (direto) a casal homoafetivo em decisão de 17.05.2012, a qual merece ser integralmente transcrita:

O ato civil deve ser autorizado. A Constituição Federal não estabelece nenhum conceito de casamento. Limita-se a disciplinar que a família é a base da sociedade, recebendo especial proteção do Estado, e que o casamento é civil, sendo gratuita a sua celebração (art. 226 e § 1.º). Por tais razões, muitos concluem que o regime jurídico do casamento e o seu conteúdo são integralmente regidos em lei ordinária. Neste âmbito, o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), especialmente nos artigos 1.514 e 1.565, restringe a noção de casamento às uniões entre homem e mulher. Qualquer alteração neste conceito dependeria de necessária inovação legislativa infraconstitucional. *A referida interpretação, contudo, é inconstitucional*. Se é certo que a Constituição Federal não define casamento, é igualmente certo que ela impõe respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, que merecem tutela do Estado, pelo Estado e até mesmo contra o Estado e a sociedade civil. O legislador ordinário, enquanto autoridade estatal, não tem a liberdade integral para reger a matéria de casamento, pois também se submete ao respeito ao estatuto dos direitos fundamentais. Daí porque qualquer norma infraconstitucional ou interpretação de texto legal que afronte direitos fundamentais deve ser afastada. Em primeiro lugar, *seguindo*

<sup>51</sup> Recurso 2011.01.1.194803-2 (acórdão 578.792).

<sup>52</sup> A curiosidade deste caso é a de que o Tribunal extinguiu o processo sem resolução de mérito porque, como se tratava de ação de reconhecimento de união estável para fins de concessão de visto de permanência no Brasil, a Corte entendeu que, como não há óbice ao deferimento do casamento civil a casais homoafetivos, o casal deveria homologar seu casamento civil no Brasil, donde não teria “interesse de agir” para mover ação de reconhecimento de união estável porque o visto de permanência seria uma decorrência lógica do casamento civil [só admitindo a ação caso isso fosse negado pelas autoridades brasileiras].

<sup>53</sup> Processo 92/2012.

*regras de interpretação sistemática, para além dos grilhões da leitura meramente gramatical daqueles artigos já referidos, o Código Civil não proíbe o casamento entre homossexuais, uma vez que o art. 1.521 não prevê qualquer impedimento para tanto. Daí porque a menção a 'homem e mulher' constante dos artigos 1.514 e 1.565 do Código Civil não merece leitura restritiva, tal como se pretende emprestar àquelas normas, sendo apenas o caso de se conferir uma interpretação conforme ao texto constitucional. A ausência de referência às pessoas do mesmo sexo não significa um silêncio eloquente do Código Civil, a ponto de se interpretar haja uma proibição ao casamento homossexual. O fato de o texto omitir qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que não se assegure o seu reconhecimento. Mas ainda que se admita, por epítrope, a restrição legal, tem-se que o Estado Legislativo, na medida em que limita o casamento às pessoas de sexos opostos, pratica, em verdade, violência legal não consentida pela carta constitucional, que expressamente prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inc. III), que tem por objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação (art. 3.º, inc. IV). A liberdade, a autodeterminação, a igualdade, o pluralismo e a intimidade são outros princípios de igual status constitucional que impõem o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual e da legitimidade ético-jurídica da união homossexual como entidade familiar. A lei civil veicula um tratamento discriminatório, uma vez que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica (ADPF 132/RJ). Por idênticas razões, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, julgada em 05.05.2011, Relator Min. Ayres Britto, o E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Referido julgamento histórico consagrou, em verdade, a possibilidade de homossexuais constituírem família na acepção jurídica do termo, e não institutos de direito das obrigações que teriam aplicação artificial ao caso, como sociedade de fato ou sociedade empresária. A garantia da espécie de entidade familiar que a união estável representa configura, em verdade, a garantia de pertencer ao próprio gênero familiar, o que não afasta, portanto, outras espécies de constituição de família, tal como o casamento. Pouco importa, portanto, a roupagem jurídica que a união homossexual ganhe para fins de constituição de família: união estável ou casamento. Uma vez que homossexuais podem constituir família, podem igualmente fazer uso de quaisquer das modalidades garantidas na lei civil para tanto. Aliás, a própria Constituição Federal prevê que deverá ser facilitada a conversão da união estável em casamento, uma vez que esta última espécie de família é aquela que confere mais segurança jurídica e publicidade aos envolvidos no ato. Assim, pode-se dizer que o casamento homossexual entrou pela porta dos fundos do ordenamento jurídico. Permitiu-se, em um primeiro momento, por julgamento da corte suprema, uma modalidade menos controversa de constituição de família (união estável), incumbindo à primeira instância do judiciário consagrar a máxima eficácia da interpretação constitucional, cumprindo com a sua missão histórica de conferir o tratamento jurídico-familiar mais amplo possível àquelas uniões, agora pela via do casamento. A Constituição Federal de 1988 em muito se notabilizou no avanço jurídico no plano dos costumes. Resta garantir ainda mais este progresso, de modo a reduzir a distância entre a constituição escrita e a vivida, em prol da efetivação dos direitos humanos, ainda que esta missão envolva a releitura de uma das mais clássicas instituições de direito civil: o casamento. A distinção entre moral e direito é premissa fundamental do garantismo constitucional, de tal modo que o direito não deve ser nunca utilizado como um instrumento de coação moral. Que certas concepções morais e religiosas condenem esta forma de união não significa que o direito não possa consagrá-la. A união de casais homossexuais é um fato social cada vez mais evidente, que necessita de reconhecimento jurídico, sob pena de se condenar à marginalidade legal a minoria homossexual, pelo não reconhecimento dos direitos civis emergentes de uma entidade familiar. Dentre estes direitos estão o casamento, a meação, a pensão alimentícia, o direito real de habitação, a herança, a adoção, além de outros, como o reconhecimento de dependência econômica para fins previdenciários (pensão por morte) e fiscais (imposto de renda), dependência esta há muito já reconhecida em diversos julgados pelo país afora, responsáveis por uma verdadeira revolução silenciosa na esfera do direito de família. Numa democracia constitucional como a nossa, os direitos fundamentais constituem o próprio fundamento do Estado, legitimando, definindo e limitando a atuação deste. Os direitos fundamentais são direitos de todos e de cada um, e não podem ser suprimidos nem reduzidos pela maioria, ainda que esta ganhe expressão pela via legislativa. Daí a função contramajoritária que ao Poder Judiciário incumbe no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. No plano da jurisdição das liberdades, o Judiciário é o órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da*

*discriminação e da exclusão jurídica. É preciso, pois, por um ponto final no banimento civil em que casais homossexuais sempre foram condenados a viver, em razão tão só de sua orientação sexual e conceder-lhes a necessária segurança jurídica que reivindicam ao estado de fato em que já vivem. Assim, ainda que pesquisas indiquem que a maioria da população seja contrária à união homossexual, cabe ao Poder Judiciário, enquanto agente de transformação social, desempenhar aquela função contramajoritária e didática, indicando à sociedade civil os rumos essenciais à convivência necessária entre a maioria e as minorias existentes, rumos que devem caracterizar uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo da Constituição Federal). Dispositivo. Ante o exposto, autorizo a habilitação para que, observados os demais requisitos e procedimentos legais, seja ao final celebrado o casamento entre as requerentes. [grifos parcialmente nossos]*

O juiz corregedor *Guilherme da Costa Manso Vasconcellos*, da Corregedoria Permanente do Registro Civil da Comarca de São Vicente/SP, permitiu habilitação em casamento civil (direto) a casal homoafetivo em decisão de 20.05.12<sup>54</sup>, sob o fundamento de que, por força do julgamento do STF na ADPF 132 e na ADI 4277 e do STJ no REsp 1.183.378/RS, “Diante das tão contundentes conclusões dos acima citados julgamentos, há de se curvar esta Corregedoria Permanente ao que foi decidido pelas duas mais altas cortes de Justiça do país para reconhecer e endossar as decisões por seus próprios, extensos e aprofundados fundamentos, não ousando deles discordar. O STJ decretou com todas as letras, no corpo e na ementa do acórdão, a inconstitucionalidade dos artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 na parte em que vedam implicitamente o casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo. Ignorar essa decisão, considerando-a apenas ‘um julgado a mais’ seria desprestigiar por completo, e de maneira obtusa, o trabalho jurídico hercúleo levado a efeito por ambas as cortes nos citados julgamentos. *Se é certo que o STF não declarou com todas as letras a possibilidade do casamento civil homoafetivo, limitando-se a reconhecer a união estável homoafetiva como instituto de família nos exatos termos dos artigos 226 da CF e 1.723 do Código Civil, à semelhança da união estável heteroafetiva, o STJ o fez, logo na sequência, deixando explícito o que o STF não fizera, tal seja, reconhecendo e declarando a extensão da decisão do STF para o instituto do casamento civil. Quem não interpretar o acórdão do STJ desta maneira estará agindo como o avestruz em caso de sensação de perigo: enterrando a cabeça na areia para não ver a realidade, imaginando-a de outra forma*”, referendou a decisão do STJ também na parte em que afirma que a omissão legislativa não pode significar negativa de direitos fundamentais, de que a função contramajoritária do Poder Judiciário deve garantir os direitos fundamentais de todos, mesmo das minorias e de que “Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis”. Assim, por entender que, a depender do atual Congresso Nacional, “tão cedo não teremos reformas modernizadoras do Código Civil para explicitar o casamento civil homoafetivo, [tal] tarefa [resta] delegada pelo tempo ao Judiciário que, corajosamente, no exercício do legítimo ativismo jurídico a defender a sociedade da inércia dos legisladores, pronunciou-se de forma efetiva e definitiva através de suas mais altas cortes, a quem rendo minhas homenagens”<sup>55</sup>, razão pela qual autorizou o casamento civil homoafetivo em questão.

<sup>54</sup> Processo não informado.

<sup>55</sup> Afirmou o magistrado, contudo, que se não tivesse sido publicada a íntegra da decisão do STJ no REsp n.º 1.183.378/RS no dia 01.02.2012, teria concordado com o Ministério Público acerca da necessidade de ação judicial do casal homoafetivo para garantir seu direito de acesso ao casamento civil, donde fica claro que o permitiu por força do posicionamento do STJ.

O juiz *Luís Antônio de Abreu Johnson*, do Ofício das Pessoas Naturais da Comarca de Lajeado//RS, deferiu pedido de registro de união civil homoafetiva formalizada na Inglaterra em decisão de 31.05.2012<sup>56</sup> sob os seguintes fundamentos, oriundos do parecer do Ministério Público elaborado pela Promotora Velocy Melo Pivatto:

(i) embora na Inglaterra tenha sido lavrada união civil e não casamento civil, “deve ser reconhecida a equivalência dos institutos para fins registrais no Brasil. Isso porque no Reino Unido, Estado no qual foi celebrado o ato, não há diferença, em perspectivas jurídicas, entre o casamento e a união civil. A única razão pelo não emprego naquele Estado do mesmo termo é que foi dada a nomenclatura de ‘união civil’ para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo para não haver impasses religiosos, posto que somente casais heterossexuais podem confirmá-lo frente à autoridade eclesiástica”, pois “os direitos e obrigações são os mesmos”; “Assim, ao contrário do Brasil, em que normalmente se emprega o termo ‘união civil’ apenas para as ‘uniões estáveis’<sup>57</sup>, as quais possuem tratamento legal um pouco diferenciado do casamento, não há divergência jurídica com o regime matrimonial. O ato, portanto, a ser reconhecido neste território soberano, é o casamento do requerente, cujo debate é imperioso de ser feito através de uma abordagem não exclusivamente jurídica, mas também social, psicológica e histórica”;

(ii) “A família não é apenas um instituto social, mas também jurídico, tanto que tem proteção especial iniciada com a Carta Magna e decorrente na legislação infraconstitucional. Em análise do ordenamento jurídico, extrai-se que *tanto o constituinte como o legislador ordinário buscaram dar guarida à entidade familiar através da formação de um escudo dos laços de afetividade, elos que geram, assim, consequentes direitos e deveres entre os integrantes da célula social*. A partir desse pressuposto, demonstra-se que o Direito de Família, ao contrário dos demais ramos do direito civil, ultrapassa o tratamento patrimonial, porquanto blinda os vínculos familiares, no intuito de respeitar o preceito constitucional máximo que irradia todos os demais direitos fundamentais do indivíduo: a dignidade da pessoa humana. Portanto, o enfoque da proteção constitucional e legal tem como base a relação pessoal, sentimental, psicológica, social e afetiva, muito além da tradicional relação puramente biológica antes preservada nas Leis Fundamentais e legislações infraconstitucionais anteriores. Com o advento do recente Código Civil, em 2002, essa nova visão de família foi apenas ratificada e ampliada. *A concepção de família unida pelo afeto permitiu o reconhecimento dessas diversas novas famílias que hoje circulam na contemporaneidade: uniões estáveis, monoparentais, avoengas e – como no caso em tela – as construídas*

---

<sup>56</sup> Processo (RD) 00802.00355/2011.

<sup>57</sup> Entendo que “união civil” não é sinônimo de “união estável”. União civil é um contrato formal ao qual o Estado reconhece direitos e deveres; “união estável” é a união informal (sem necessidade de formalizações contratuais) pública, contínua e duradoura com o intuito de constituir família, nos termos do art. 1.723 do CC/02.

*a partir de casais homossexuais, hoje definidas pela doutrina e jurisprudência como homoafetivas, termo cunhado e defendido por Maria Berenice Dias, expoente notável na literatura e na produção jurisdicional quando desenvolvia a atividade da magistratura junto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com efeito, nota-se que, ao contrário das famílias anteriormente referidas, o legislador não cuidou em dar tratamento especial às relações homoafetivas. Tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil hodierno expõem em seus textos as alcunhas de ‘homem e mulher’ quando abordam o casamento e a união estável. Muito embora haja textualmente uma diferenciação, tal fato não implica a atribuição de [menos] direitos aos casais homoafetivos, eis que o ordenamento jurídico não é apenas cunhado por letras, mas, sobretudo, por normas principiológicas e fatores sociais, o que exige do intérprete da lei não uma abordagem literal, mas também uma leitura teleológica e de acordo com todos os preceitos relacionados à dignidade. Seguindo a linha de se falar em dignidade, mister que seja compreendido o conceito histórico da Constituição Federal. A atual Carta Magna é fruto de processo social objetivando a isonomia de direito, em um combate com os diversos panoramas discriminatórios havidos nos anos deste país. Vale lembrar que a história brasileira é marcada por casos de opressão de minorias étnicas, escravidão de povos, marginalização de casais formados em casamentos que à época eram indissolúveis, destrato em relação a filhos adotados ou tidos fora do matrimônio, a ineficiência da tutela jurisdicional no combate a violência doméstica. (...) Outrossim, inegável não dizer que a inserção da terminologia exclusivamente heteroafetiva nos textos legais e na própria Constituição é resultado de grupos conservadores, em grande parte atrelados às instituições religiosas. Em que pese legítimo e livre o exercício de suas convicções políticas e teológicas, respeito igual merece ser dado àqueles que não compartilham com a mesma visão do mundo. Se há liberdade de escolha de credo, idêntica liberdade é conferida à formação das relações afetivas. Ademais, nossa atual forma de Estado preserva a laicidade, separando-o de qualquer religião, ainda mais nesse país, em que há um incontável número de crenças”, donde “fica cristalino que o não reconhecimento desta união obtida pelas partes em território estrangeiro estaria contrariando todos os princípios estabelecidos em nosso país no que tange ao combate ao preconceito diante da opção sexual adquirida por cada cidadão e, principalmente, a questão das inúmeras agressões praticadas por pessoas, hoje identificadas como ‘homofóbicas’. Reconhecer tal situação, trata-se de mero ato de formalizar o que de fato já existe, pois o casal homoafetivo já vive e se comporta como duas pessoas casadas, que além do afeto e da harmonia, acabam construindo um lar e vivendo toda a rotina que um casal heteroafetivo vivencia, e muitas vezes fazendo valer de forma mais significativa as questões que envolvem um casamento”;*

**(iii)** “aqueles que optam pelas relações homoafetivas possuem os mesmos deveres e obrigações de qualquer cidadão: pagam tributos, prestam concurso público, são condenados ao cometerem algum ilícito penal, votam

obrigatoriamente em seus representantes políticos etc. *Se esse grupo é considerado cidadão para o cumprimento de obrigações, igualmente assim deve ser considerado para o reconhecimento de seus direitos*”;

(iv) referendando a lição de Gabriela Soares Balestro, afirmou que “*diante do reconhecimento constitucional da homoafetividade pelo Supremo Tribunal Federal, as relações homoafetivas foram inseridas no conceito de entidade familiar, havendo, portanto, a possibilidade da conversão das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo em casamento, tendo em vista que, se os mesmos direitos civis e efeitos patrimoniais e sucessórios que regulamentam as uniões estáveis heteroafetivas, com o atual entendimento do STF, devem ser estendidos aos casais homoafetivos, o casamento, sendo instituído de direito civil também é juridicamente possível*”, pois “*as relações homoafetivas devem ter igual tratamento e proteção legal que as relações heteroafetivas em prol do respeito ao princípio da igualdade e à dignidade da pessoa humana, sendo o casamento um direito civil fundamental de todo ser humano*”<sup>58</sup>, razão pela qual permitiu o registro da união civil homoafetiva firmada na Inglaterra no Brasil como casamento civil. [grifos nossos]

O juiz **Menandro Taufner Gomes**, da Vara da Fazenda Pública, Registros Públicos e Meio Ambiente da Comarca de Colatina/ES, permitiu habilitação em casamento civil (direto) a casal homoafetivo em decisão de 30.07.12<sup>59</sup>, sob os seguintes fundamentos: “*À prima facie, é necessário entender a natureza jurídica das normas constitucionais e infraconstitucionais, que conceituaram os institutos da família e do casamento. Teriam estas, estabelecido de lege ferenda, que o casamento civil só poderia ser realizado entre homem e mulher, e que o termo família englobaria apenas um conglomerado humano composto entre os descendentes e qualquer um dos seus ascendentes? Absolutamente não. As relações íntimas, quais sejam, aquelas que decorrem dos vínculos de afetividade, não podem ser constituídas por leis. Encontra-se além do poder legiferante estatal, a possibilidade de criar, estabelecer, restringir ou modificar uma relação interpessoal. Em suma, o Legislador e o Estado não dispõem de poder para impor às pessoas maiores e capazes, a forma, o modo e com quem poderão se relacionar. O Estado não pode intervir em órbita exclusivamente privada, numa questão que atine puramente à intimidade pessoal. Logo, o poder estatal não cria as relações emocionais, amorosas ou de afeto, porque tais são frutos da cultura, da sociedade, e da orientação de cada indivíduo, no âmbito sociológico e antropológico. Nesta esteira, a função estatal, como dito, não seria capaz de criar, transformar, e nem extinguir as relações íntimas, conjugais, sexuais e familiares entre indivíduos, mas apenas de reconhecê-las e declará-las, para fins de direitos e obrigações. As relações homoafetivas são uma realidade, e esta realidade não pode ficar à margem da proteção legal e social. Sequer pode ser restringida ou minimizada, à pretexto da orientação sexual. Interpretar que a legislação tupiniquim estabeleceu de forma taxativa e exaustiva, (e não de lege lata), o conceito de família e casamento, seria admitir que o Legislador tivesse o poder de engessar e estagnar as transformações sociais as quais vivenciamos. O conceito de família está em constante evolução. Prova disto é a paternidade socioafetiva. Até alguns anos atrás, seria inconcebível, em nossa ordem jurídica, a proclamação de uma paternidade*

<sup>58</sup> Cf. <<https://exch2007.tj.rs.gov.br/owa/?ae=Item&a=New&t=IPM.Note#sdfootnote6sym>> (fonte do original).

<sup>59</sup> Processo não informado.

não biológica. Diante disto, indaga-se: Poderia o Legislador restringir a evolução social e deixar de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar?”, o que responde, com base no fato de a Constituição de 1988 ter consagrado a ideia de família plural e não mais um modelo único de família [doutrina Cezar Fiuza e de Farias e Rosenvald], no sentido de que “o Legislador não poderia tolher ou restringir em um único modelo, as entidades familiares que se estabeleceram através das mutações culturais, ideológicas e sociais”; (ii) assim, “A alegação do Ministério Público de que a Ação de Declaração de Preceito Fundamental nº 132/RJ e a ADI 4277/DF, permitiriam somente a união estável homoafetiva e a conversão desta em casamento, não prospera. A Ação de Declaração de Preceito Fundamental nº 132/RJ e a ADI 4277/DF embora não tenham enfrentado expressamente o tema aqui proposto, ou seja, da possibilidade da realização direta do casamento entre pessoas do mesmo sexo, deu importante passo rumo à aceitação da união civil homoafetiva, apesar do § 3.º, do art. 226, e o Código Civil, trazerem como protagonistas da união estável e do casamento, os gêneros homem e mulher. No julgamento da ADPF, que tem efeito erga omnes, reconheceu-se a vedação do Estado em fazer qualquer acepção de reconhecimento de direitos civis, sob o argumento de se tratarem de pessoas do mesmo sexo, prestigiando assim, aos princípios da paridade e da isonomia real, além da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da autonomia da vontade nas relações afetivas”, donde “O que a Constituição e Código Civil construíram, em termos dogmáticos, sobre a definição de casamento e entidade familiar, foi apenas um modelo básico e tradicional, não implicando que fosse o único. O fato dos arts. 1.514 e 1.565 do Código Civil, preconizarem a realização do casamento civil entre homem e mulher, deve ser interpretado de forma harmônica e sistemática com a Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, inciso I, do qual emerge o comando normativo, que não haverá qualquer restrição ou impedimento ao exercício de direitos ou garantias fundamentais, em razão do sexo ou da orientação sexual, conforme anotado na ADPF acima citada. Neste compasso, mesmo à míngua de norma expressa permissiva, deixar à margem da proteção estatal as relações homoafetivas, justo por serem homoafetivas, implicaria em violar os princípios da paridade e da isonomia, além da garantia fundamental da dignidade e da não violação à intimidade. O Estado, na hipótese de não reconhecer a união civil e o vínculo matrimonial entre pessoas do mesmo sexo, estaria determinando com quem os indivíduos poderiam se relacionar amorosa, afetiva e sexualmente. Sendo maiores e capazes, não tem o Estado o poder de interferir no relacionamento individual, e nem lhes negar proteção legal, prevalecendo o princípio da autonomia das vontades. O que se pretende é [que] o Estado declare os integrantes da união homoafetiva, como detentores de direitos e obrigações recíprocas, e para com terceiros. Neste âmbito, não há nenhum impedimento legal para que o Estado assim o faça. À luz do Estado Brasileiro, a união de pessoas com a finalidade de estabelecimento de uma vida em comum, deverá ser tutelada pelo ente estatal, independente de ser heteroafetiva ou homoafetiva. A lavratura do casamento não se confunde com a conversão de união estável em casamento, já que são dois institutos totalmente distintos. Nesta esteira, a interpretação do Ministério Público, de que para realizar o casamento civil homoafetivo, haveria necessidade da prévia existência de união estável, deverá se restringir apenas a hipótese de conversão desta em casamento. Aliás, esse requisito é tanto para união hetero quanto homoafetiva, pois, do contrário, pelo princípio da isonomia, também o casamento civil entre pessoas de sexo oposto, só poderia se realizar havendo prévia união estável, seguindo esta ótica. Por fim, finalizo expondo que o reconhecimento da possibilidade de matrimônio para pessoa do mesmo sexo, vem para evitar que injustiças sociais continuem acontecendo, como por exemplo, o não reconhecimento de direitos previdenciário; alimentos; direitos sucessórios; direito de habitação, e principalmente, o tratamento

digno no âmbito social e familiar. Do exposto, *rejeito* a impugnação Ministerial, *deferindo* a permissão para o registro do casamento civil, decorrente de relação homoafetiva, após deferida a Habilitação junto à autoridade competente. Ressalvo, entretanto, que esta decisão restringe-se apenas ao permissivo para a realização do *casamento civil*, sendo que as celebrações de casamento *no âmbito religioso*, deverão respeitar ao direito de crença e credo”.

Outras decisões foram proferidas, embora a elas não tenha tido acesso. Não é possível atingir a completude, embora ela fosse desejável. De qualquer forma, o que todas elas demonstram com seus argumentos, que se complementam reciprocamente, é que não há como deixar de entender que o reconhecimento da união homoafetiva como família conjugal pela decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 torna obrigatório o reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, principalmente mediante conversão de união estável homoafetiva em casamento civil, já que a família conjugal é o objeto valorativamente protegido pelos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável (é ela o *fato jurígeno* por eles regulamentado), donde ausente proibição legal, de rigor o reconhecimento do direito de casais homoafetivos ao casamento civil.

Ademais, especificamente quanto à questão da conversão de união estável em casamento civil, foi bem anotado pela *juíza Junia de Souza Antunes* que a união estável é um instituto uno que não se divide em “união estável homoafetiva” e “união estável heteroafetiva”, uma vez caracterizado que o casal vive uma união pública, contínua e duradoura com o intuito de constituir família, ela será reconhecido como “união estável”, seja formada por um casal homoafetivo ou por um casal heteroafetivo. Quando se fala em *união estável homoafetiva* e *união estável heteroafetiva* visa-se apenas destacar, com o adjetivo, se ela é formada por duas pessoas do mesmo sexo ou por duas pessoas de sexos diversos, mas isso não tem o condão de significar que a uma seria devido um regime jurídico e, a outra, um outro, mais ou menos amplo. Reconhecida a união como união estável, a ela serão devidos todos os direitos e deveres do regime jurídico da união estável, sem distinções. A única distinção que havia na legislação, na época da existência da separação judicial, consistia na impossibilidade de conversão em casamento civil da união estável existente entre uma pessoa casada, mas separada de fato do(a) cônjuge, mas isso pela lógica atinente ao fato de não ser permitida a bigamia no Brasil. Afora este caso, não se pode falar em nenhuma diferença entre uniões estáveis, donde descabido alguém defender que parte dos direitos garantidos pela legislação à união estável seria devida apenas à união estável heteroafetiva e não à união estável homoafetiva.

Ainda sobre a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil, publiquei parecer discorrendo sobre um argumento formal e um argumento material que isto justifica<sup>60</sup>. O **argumento formal** consiste no fato de que tanto a Constituição (art. 226, § 3.º, parte

---

<sup>60</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Possibilidade de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil**, 2011b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=767>>. Acesso em: 5 jan. 2012 (argumentos aqui explicados no corpo do texto). Ditos argumentos já tinham sido afirmados em outro artigo, que criticou decisões do TJRS que negaram o direito ao casamento civil homoafetivo apesar de afirmarem que reconheciam o direito à união estável homoafetiva, a saber: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A Família Juridicamente Protegida, a Lei Maria da Penha e a Proteção Constitucional da Família Homoafetiva – Equívocos dos Julgamentos do TJRS que Negaram o Direito ao Casamento Civil Homoafetivo**. Revista do Direito das Famílias e Sucessões, n.º 16, Jun-Jul/2010, pp. 93-117. No mesmo sentido, mas de forma sintética: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias**. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 2870, 11

final, da CF/1988) quanto o Código Civil (art. 1.726 do CC/2002) determinam a possibilidade de conversão de união estável em casamento civil, visto que reconhecida a união homoafetiva como união estável ou, como preferem alguns, como entidade familiar autônoma com igualdade de direitos à união estável heteroafetiva, de rigor o reconhecimento do direito de casais homoafetivos que vivam em união estável converterem-na em casamento civil. O **argumento material** consiste em uma questão de lógica: o casamento civil e a união estável são regimes jurídicos destinados a proteger/regulamentar as famílias conjugais, donde, sendo a união homoafetiva uma família conjugal, ela deve ter a si garantidos tanto o casamento civil quanto a união estável, pois *não faz sentido jurídico nenhum* dizer que a união homoafetiva é uma família conjugal e, por isso, forma uma união estável constitucionalmente protegida ou tem direito ao mesmo regime jurídico da união estável, por analogia, mas que não poderia ser consagrada pelo casamento civil. Pois, repita-se, **tanto o casamento civil quanto a união estável destinam-se a proteger/regulamentar as famílias conjugais, donde é contraditório o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo quando se reconhece a união estável homoafetiva** – afinal, a redação constitucional sobre união estável e a redação dos artigos do Código Civil que tratam do casamento civil são análogas relativamente à menção a homem e mulher ou marido e mulher – em ambos os casos, cita-se o *fato heteroafetivo* (homem e mulher) sem, contudo, proibir o reconhecimento do *fato homoafetivo* (homem e homem ou mulher e mulher) como casamento civil ou união estável.

Decisões que negaram a conversão de união estável homoafetiva em casamento civil afirmaram, em síntese, que o STF se limitou a tratar do tema da união estável, sem julgar o tema do casamento civil, bem como que a não conversão da união estável homoafetiva em casamento civil não implicaria hierarquização de entidades familiares, já que a união homoafetiva restaria devidamente protegida pela aplicação a ela do regime jurídico da união estável, ao passo que seria necessária alteração legislativa para se poder reconhecer o casamento civil homoafetivo. Contudo, essa linha argumentativa não se sustenta. Além de todos os argumentos das decisões que converteram uniões estáveis homoafetivas em casamento civil, que por si demonstram o descabimento dessa exegese discriminatória das decisões que indeferiram pleitos idênticos, cabe anotar o seguinte: afirmar que o STF tratou da união estável, mas não do casamento civil, demonstra que o(a) magistrado(a) em questão não entendeu ou não quis entender toda a lógica e a teleologia da decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277. Com efeito, como dito pelo Ministro Gilmar Mendes no referido julgamento, **o fato de a Constituição reconhecer a união estável entre o homem e a mulher não significa negativa de proteção à união estável ou à união civil entre pessoas do mesmo sexo [gênero]** – ora, pelo mesmíssimo fundamento, o fato de a legislação reconhecer o casamento civil entre o homem e a mulher não significa o não reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, até porque ele não se encontra proibido pelos taxativos impedimentos matrimoniais do art. 1.521 do CC/2002. Como se vê, a argumentação para o reconhecimento do casamento civil homoafetivo é a mesma utilizada para o reconhecimento da união estável homoafetiva. É uma profunda incoerência reconhecer-se a união estável homoafetiva, mas não o casamento civil homoafetivo, já que ambos os regimes jurídicos visam regulamentar a família conjugal, uma vez que, reconhecida a união homoafetiva como família conjugal, a ela são devidos ambos os regimes jurídicos.

Por outro lado, uma **exegese discriminatória efetivamente hierarquiza a entidade familiar heteroaferiva acima da entidade familiar homoaferiva**, já que àquela reconhece o direito ao casamento civil, que resta negado a esta (por tal exegese discriminatória). Até porque o casamento civil traz maior segurança jurídica ao casal do que a união estável, já que a singela apresentação da certidão de casamento constitui prova absoluta de que o casal em questão forma uma família conjugal, comprovação esta mais dificultosa a um casal que vive em união estável, sendo que cada empresa/pessoa exige diferentes documentos para comprovação da união estável (não bastando, em muitos casos, mera *declaração notarial* feita por tabelião de notas, por exemplo). Sem falar que o casamento civil, ao menos na redação original do Código Civil de 2002, garante mais direitos do que a união estável para fins sucessórios (o cônjuge herda mais bens que o herdeiro, o tema ainda carece de enfrentamento pelo STJ e pelo STF no que tange à sua constitucionalidade, ante o dever de tratamento igualitário pela legislação às entidades familiares). Logo, ao menos por questão de segurança jurídica, o casamento civil traz maiores comodidades do que a união estável, donde há efetiva discriminação jurídica pela negativa de acesso ao casamento civil a casais em união estável, consoante bem demonstrado pela *juíza Junia de Souza Antunes*, de Brasília/DF, na decisão supraexplicitada.

Argumento curioso apresentado por uma juíza de Bauru na negativa de conversão de união estável homoaferiva em casamento civil foi o de que “não cabe ao juiz instituir *ou alargar* previsão legal a situação não normatizada” (sic). Contudo, como inclusive argumentado por um dos signatários em recurso posteriormente provido pelo TJ/SP, *alargar previsão legal* é precisamente o que a analogia faz! Interpretação extensiva e analogia destinam-se justamente para *alargar* previsão legal a situação não normatizada, por esta ser idêntica, ou idêntica no essencial, à situação normatizada pelo texto da norma, respectivamente. É um absurdo afirmar que o juiz não poderia alargar previsão legal, já que isto é o que os arts. 4.º da LINDB e 126 do CPC/1973 permitem<sup>61</sup>.

Por outro lado, apesar das referidas decisões terem autorizado o casamento civil homoaferivo basicamente por força da decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 (inclusive como decorrência obrigatória do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* dela relativamente à conversão de união estável homoaferiva em casamento civil), vale lembrar o posicionamento deste *amicus*, no sentido de que o fato de a legislação dizer que o casamento é o ato realizado quando “o homem e a mulher” comparecem perante o juiz de paz e que este declarará os cônjuges “marido e mulher” não significa “proibição implícita” ao casamento civil homoaferivo, mas mera regulamentação do *fato heteroaferivo* (união entre homem e mulher como casamento civil) sem proibição do *fato homoaferivo* (união entre duas pessoas do mesmo sexo como casamento civil), o que caracteriza lacuna normativa passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia, por força do princípio da igualdade. Como, aliás, referido pelo *juiz Fernando Dominguez Guiguet Leal*, de Franco da Rocha/SP, bem como pelo Ministro Luís Felipe Salomão no julgamento do REsp 1.183.378/RS. Logo, deve-se destacar que mesmo que não tivesse sido proferida a decisão da ADPF 132 e da ADI 4.277, o casamento civil homoaferivo já seria juridicamente possível.

---

<sup>61</sup> Referida decisão foi reformada pelo Conselho Superior de Magistratura do TJSP, em decisão de 31/05/12, em recurso de coautoria de um dos signatários deste *amicus* (Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, juntamente a Taís Nader Marta), julgado conjuntamente com outros sobre o mesmo tema.

Fato inegável é que referidas decisões se tornaram tão corriqueiras porque os(as) magistrados(as) respectivos(as) se sentiram encorajados(as) a reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo por conta da histórica decisão do STF, muito embora evidentemente pudessem ter sido proferidas independentemente da mesma. Claro que referidas decisões são importantíssimas, na medida em que a decisão do STF realmente não tratou do tema do casamento civil pelo fato de a ADPF 132 e da ADI 4.277 terem como objeto apenas o regime jurídico da união estável – e havia o temor de que a magistratura em geral pudesse adotar justamente a simplória fundamentação (usada por aqueles/as que negam o casamento civil homoafetivo) segundo a qual “o STF tratou da união estável homoafetiva e não do casamento civil homoafetivo”. Tratar-se-ia de um (*data maxima venia*) simplismo acrítico absurdo, por mostrar que os(as) que isto alegam não entenderam ou não quiseram entender a lógica e a teleologia da referida decisão (já que, tendo ela reconhecido a união homoafetiva como família conjugal e sendo a família conjugal o objeto de proteção também do casamento civil, é absolutamente contraditório com referida decisão não reconhecer o direito de casais homoafetivos também ao casamento civil, pois as mesmas razões do referido julgado justificam o direito dito direito). Mas, felizmente, a maioria das decisões não adotou essa exegese restritiva. Assim, merecem aplausos as magistradas e os magistrados que fizeram a leitura adequada da decisão do STF para reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo – elas e elas certamente merecem ser reconhecidas(os) pela História, sendo este o motivo pelo qual fizemos questão de citar seus nomes neste tópico quando da explicação de suas decisões<sup>62</sup>.

De qualquer forma, vale sempre destacar que o direito ao casamento civil homoafetivo não depende unicamente de uma decisão *com força de lei* do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união homoafetiva como família conjugal – ele pode (e deve) ser reconhecido independentemente disto, obviamente com base no mesmo raciocínio. Mas, como se viu, o caráter vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão do STF serviu de norte seguro à magistratura brasileira para reconhecer este direito por acabar com a possibilidade de entendimentos contrários ao reconhecimento da união homoafetiva como família conjugal, donde jamais se poderá menosprezar a extrema importância do histórico julgamento de nossa Suprema Corte dos dias 04 e 05 de maio de 2011.

### **A decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o direito ao casamento civil homoafetivo.**<sup>63</sup>

Em *sustentação oral*<sup>90</sup>, o cosignatário Paulo Roberto Iotti Vecchiatti afirmou que a ausência de artigo de lei/texto normativo proibitivo ao casamento civil homoafetivo

<sup>62</sup> Cabe reiterar que as decisões aqui não citadas não o foram por eu não ter localizado seu inteiro teor, mas evidentemente as magistradas e magistrados que as proferiram também merecem o reconhecimento histórico mencionado no corpo do texto.

<sup>63</sup> STJ, REsp n.º 1.183.378/RS, 4a Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 20 e 25.10.2011, DJe de 01.02.2012. Paráfrase dos votos extraída de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, cap. 12, pp. 430-434.

<sup>90</sup> Para um relato de dez páginas com todos os detalhes da experiência do cosignatário no caso, desde a descoberta do mesmo (não era o advogado do casal) até o teor da sustentação oral e algumas repercussões: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/11/07/o-stj-e-o-casamento-civil-homoafetivo-relato-n-%C2%BA-2/>>. O Dr. Gustavo Bernardes, advogado que levou o processo ao STJ, também elaborou um relato sobre o caso, que pode ser localizado no seguinte link: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/11/07/o-stj-e-o-casamento-civil-homoafetivo-relato-n-%C2%BA-1/>>

caracteriza possibilidade jurídica do pedido respectivo<sup>91</sup> por força da lacuna normativa que decorre desta ausência de proibição, lacuna esta passível de colmatação por *interpretação extensiva ou analogia*<sup>92</sup>, decorrentes do *artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* e do *artigo 126 do Código de Processo Civil [de 1973, equivalente ao art. 140 do CPC/2015]*. Colmatação que deve ser feita porque o casamento civil visa regulamentar a *família conjugal*, que se forma pelo *amor familiar*, ou seja, pelo amor conjugal que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura<sup>93</sup>, consoante evolução sociológica da família conjugal<sup>94</sup> e pela interpretação teleológica dos *artigos 1.511 e 1.723 do Código Civil*<sup>95</sup>, consoante, inclusive, reconhecido pelo STF. Isso porque a decisão do Supremo reconheceu a união homoafetiva como *família conjugal* consoante o *conceito ontológico-constitucional de família*<sup>96</sup> para, com base nisto, a ela estender o regime jurídico da união estável, por analogia, ante a *absoluta igualdade* devida a ela relativamente à união estável heteroafetiva<sup>97</sup>. Assim, destacou-se da tribuna que caso não se considere inconstitucional a *teoria da inexistência do ato jurídico* por sua flagrante afronta ao disposto no art. 5º, inc. II, da CF/88<sup>98</sup> e sua ilicitude por visar criar hipóteses de proibições de casamentos civis fora das taxativas hipóteses do *artigo 1.521 do Código Civil*, tem-se

---

<sup>91</sup> Consoante jurisprudência pacífica do STJ brasileiro, que exige texto normativo expresso que proíba determinado pedido para que ele seja considerado *juridicamente impossível*, entendimento este expressamente aplicado pelo Tribunal para reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva no *REsp 820.475/RJ* e no *REsp 827.962/RS* (entre outros, que não o citaram).

<sup>92</sup> Rememorando: *interpretação extensiva* caso se considere as situações idênticas, por ambas formarem uma *família conjugal*, ou *analogia* caso se considere que a identidade de sexos em um caso e a diversidade de sexos em outro configuraria uma “diferença”, pois neste caso ter-se-á que concluir que ambas são *idênticas no essencial*, que é o fato de formarem uma *família conjugal*, objeto valorativamente protegido pelo casamento civil e pela união estável.

<sup>93</sup> Cf. meu *Manual da Homoafetividade*, 2ª Ed., Cap. 5, pp. 169-185 (“2.4.1. O Amor Familiar como o Elemento formador da Família Contemporânea”).

<sup>94</sup> Sobre o tema, vide a excelente lição de RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, pp. 103-105, que explica a superação da opressora *família hierárquico-patriarcal* [na qual o homem mandava despoticamente na sociedade conjugal heteroafetiva], sua evolução para a *família fusional* [que se forma e se mantém apenas se houver afeto conjugal na relação conjugal] e a chegada da *família pós-moderna*, do final do século XXI, na qual as relações se pautam muito mais na solidariedade e no afeto do que na mera função procriativa da família [*família eudemonista*, a que se forma e se mantém unicamente se isto trouxer felicidade e autorrealização aos seus integrantes].

<sup>95</sup> Afinal, o art. 1.511 aduz que o casamento civil estabelece a *comunhão plena de vida* entre os cônjuges e o art. 1.723 afirma que a união estável é a *união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família*, sendo que “constituir família” não significa “ter filhos”, “querer ter filhos” nem “poder ter filhos”, mas manter a citada comunhão plena de vida e interesses (capacidade procriativa não é requisito para reconhecimento de uma união conjugal como entidade familiar ante a não-proibição do casamento civil e da união estável a casais heteroafetivos estéreis, que não possuem capacidade procriativa – afinal, se ela fosse requisito do casamento civil e da união estável, casais heteroafetivos estéreis não teriam a si reconhecidos tais regimes jurídicos).

<sup>96</sup> Cf. voto do **Ministro Fux** na ADPF 132 e na ADI 4277, pp. 11-14 (explicitado no tópico anterior).

<sup>97</sup> Cf. voto do **Ministro Ayres Britto** na ADPF 132 e na ADI 4277, pp. 46-47, ao afirmar que aqui o reino é da “*igualdade pura e simples*” entre casais homoafetivos e casais heteroafetivos, tanto em termos de casamento civil quanto da união estável, por afirmar que em nenhum momento há interdição a que casais homoafetivos consagrem sua união pelo casamento civil ou tenham-na reconhecida como união estável (segundo o Ministro, “*tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo*”, o que, acrescente-se, caracteriza a lacuna normativa passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia).

<sup>98</sup> Afinal, ao atribuir ao ato taxado de “inexistente” a mesma pena do ato nulo, que é a destruição de todos os efeitos eventualmente produzidos com eficácia *ex tunc* (retroativa), a “teoria da inexistência” visa atribuir a ele a mesma pena do ato nulo, com a enorme diferença segunda a qual a nulidade supõe *condições de validade* expressamente erigidas pela legislação por enunciado normativo expresso ante a regra segundo a qual *não há nulidade sem texto*, que tem seu fundamento teleológico no art. 5º, inc. II, da CF/88, ao passo que as supostas “*condições de existência*” decorrem do puro subjetivismo do intérprete e não de texto expresso de lei (v.g., o que alguém considera como “essencial/da natureza” do casamento civil não é necessariamente o que outro assim considera), o que afronta inclusive os princípios da legalidade e da segurança jurídica, tratando-se de teoria que claramente *visa burlar a regra segundo a qual não há nulidade sem texto* ao pretender atribuir ao ato taxado de *inexistente* a mesma pena do *ato nulo* a despeito de inexistir enunciado normativo que isto justifique.

que concluir que a “condição de existência” do casamento civil e da união estável é a *família conjugal*, formada pelo *amor familiar*, não a diversidade de sexos/gêneros. Dessa forma, apontou-se ser *juridicamente possível* o pedido de casamento civil homoafetivo pela ausência de proibição normativa ao mesmo e procedente ele no mérito, ante a união homoafetiva formar uma *família conjugal*, que é o *elemento valorativamente protegido* e, portanto, o *suporte fático* dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável, ante a ausência de motivação válida ante a isonomia que justifique a discriminação da família conjugal homoafetiva relativamente à família conjugal heteroafetiva.

Anote-se que se apresentaram *argumentos puramente civilistas* que permitem o reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, a saber, as clássicas *interpretação extensiva ou analogia*, consagradas na legislação infraconstitucional pelo *art. 4º da LINDB* e pelo *art. 126 do CPC/73 (art. 140 do CPC/2015)*. A despeito do caráter constitucional e convencional do tema, realizou-se uma sustentação oral destacando quase exclusivamente os argumentos civilistas da interpretação extensiva e da analogia com base na legislação infraconstitucional, bem como no entendimento da possibilidade jurídica do pedido oriundo da jurisprudência do STJ, porque, incrivelmente, boa parte dos(as) integrantes do Superior Tribunal de Justiça brasileiro entende que o STJ não poderia interpretar normas constitucionais ao cumprir sua tarefa de intérprete máximo da legislação infraconstitucional (que foi a linha adotada pelo Ministro Raul Araujo, como adiante se demonstra). O intuito foi justamente o de dar bases puramente civilistas e infraconstitucionais para o reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, a saber: *regulamentação de um fato não significa “proibição implícita” de outro não citado pela norma, mas lacuna normativa que pode ser colmatada por interpretação extensiva ou analogia*. Mas, felizmente, o relator, Ministro Luís Felipe Salomão, invocou fundamentação constitucional e de respeito aos direitos humanos em geral, como se verá. Analisemos, assim, os votos proferidos.

O relator, *Ministro Luís Felipe Salomão*, iniciou seu paradigmático voto destacando os fenômenos da publicização do Direito Privado, segundo o qual alguns efeitos de atos privados são predeterminados pelo ordenamento jurídico, e a posterior constitucionalização do Direito Civil, que tirou o foco do Código Civil e o colocou na Constituição Federal, para destacar que os princípios constitucionais alusivos a institutos de Direito Privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional – como no que concerne a família. Com essas premissas, concluiu que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de criado com o intuito de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, não pode fazê-lo “de costas” à Constituição Federal, sob pena de entregar ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior, donde o STJ não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente válida.

Dessa forma, destacando que o tema em julgamento versa sobre casamento civil e não sobre casamento religioso, lembrou que o julgamento do STF da ADPF 132/ADI 4277 entendeu que a expressão “homem e mulher” não era apta a impedir o reconhecimento da união estável homoafetiva, bem como que sinalizou que o mesmo entendimento poderia ser estendido para permitir o casamento civil homoafetivo ante o trecho do voto do relator, Min. Ayres Britto, de que o casamento civil é regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos

*homem e mulher*<sup>64</sup>. Apontou a evolução do tratamento dispensado pela legislação ao casamento civil, que tinha como foco de proteção o casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes do núcleo matrimonializado individualmente consideradas (salvo a figura do marido), em detrimento de valores posteriormente reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como dignidade e igualdade. Nesse contextou, explicou que a **Constituição de 1988** consagrou uma “revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família”. Dessa forma, inaugurou-se uma nova fase do Direito das Famílias, mediante “adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’” (art. 226, *caput*, da CF/88), donde, com a Constituição de 1988, a família foi vista com um novo olhar, mais humanizado, cujo foco, que antes era o casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Assim, é bem de ver que, em 1988, *não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento*, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados –, deve ser necessariamente plural, porque *plurais também são as famílias* e, ademais, *não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade*. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua *função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana*. Por isso *não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados*, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade”, donde “Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos. O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Dessa forma, considerando que o casamento civil é o instituto jurídico que **maior segurança jurídica** confere às famílias [conjugais], entendeu que a especial proteção que o Estado deve à família impede que seja negado **a qualquer dos diversos arranjos familiares** – e isso “independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto”<sup>65</sup>. Afirmou que

---

<sup>64</sup> Segundo o Ministro Luís Felipe Salomão: “Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator: “[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. *Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’*” (grifo do original – REsp 1.183.348/RS).

<sup>65</sup> Vejamos todo o raciocínio do relator acerca do tema: “Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada “família”, muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica. Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer,

entendimento em sentido contrário violaria o princípio constitucional do livre planejamento familiar (art. 226, §7º), pois “o **planejamento familiar** se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união”. Fundamentou tal compreensão, ainda, na vedação constitucional explícita à discriminação por motivo de sexo/gênero, pois “O *sexo, entendido como gênero* - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do Estado – ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, inciso IV, da CF/88)”. Portanto, como “a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais”, então “a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como ‘asilo inviolável’” [razão pela qual casais homoafetivos também devem ter a si reconhecido o direito de acesso ao regime jurídico do casamento civil].

Assim, arrematou o relator:

Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima venia, não é a mais acertada. *Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.* Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp. n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido”, donde “*o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil*, mesmo porque é a própria

---

exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são a inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas. O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento. Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados. O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multifformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto”.

Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º), até porque “é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a ‘homem e mulher’, é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º). (g.n)

Rechaçou o relator a crítica de “ativismo judicial” desta decisão, a uma porque “a **democracia** é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder. O ‘estado de direito’ só é genuinamente ‘democrático’ se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma” (g.n). Isso porque, “Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto”. Assim, afirmou que o conceito de *povo* deve ser entendido, consoante lição de Friedrich Muller, como a *totalidade dos atingidos pela norma*, razão pela qual, consoante Fabio Conter Comparato, “a soberania popular, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, não é absoluta, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que ‘o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas’”. Portanto, “a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão”, sendo que “Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias”. Citando a juíza Marshall, em seu voto na decisão da Suprema Corte de Massachussets que afirmou a inconstitucionalidade do não-reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo, apontou que “‘é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento’” e que “restringir o casamento aos heterossexuais ‘confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito”. Por fim, citou Daniel Sarmento para justificar a decisão daquela Corte estrangeira de impedir que fosse aprovada uma lei de “união civil” para casais homoafetivos ao invés de se estender a eles o regime jurídico do casamento civil, pois “‘A proibição absoluta do uso da palavra ‘casamento’ pelos ‘cônjuges’ do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões ‘casamento civil’ e ‘união civil’ não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachussets, como explicado no caso Goodrige, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja’”<sup>66</sup>.

Assim, afirmando que “enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo

---

<sup>66</sup> SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. In. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43 (fonte citada pelo relator).

resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis”, deu provimento ao recurso especial “para afastar o óbice [sic] relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio”.

Segundo a votar, o *Ministro Raul Araújo*, exemplificando o que se falou acima sobre um fechar de olhos aos argumentos constitucionais por parte dos(as) Ministros(as) do STJ, discorreu longamente que ao STJ caberia interpretar apenas a lei, por [supostamente] não ter competência para interpretar normas constitucionais, donde *normalmente* não poderia o Tribunal decidir o caso por ele ser *eminente* constitucional. Justificou isso no argumento de que nenhuma interpretação discordante daquela que eventualmente viria a dar o STF iria prevalecer. Mas afirmou que, por ser o direito ao casamento civil um dos efeitos da união estável, a decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277, de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* gera, como consequência lógica, o reconhecimento do direito de casais homoafetivos ao casamento civil, por sua parte dispositiva (vinculante) ter afirmado que à união duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo gênero devem ser atribuídas as mesmas consequências da união estável heteroafetivas.

A *Ministra Isabel Gallotti* e o *Ministro Antonio Carlos Ferreira* afirmaram, em síntese, que se o STF decidiu que a expressão “o homem e a mulher”, constante do art. 226, §3º, da CF/88 e do art. 1.723 do CC/02 não impede o reconhecimento da união estável homoafetiva, com igualdade de razões dita expressão constante do art. 1.514 do CC/02 (dentre outros) não impediria o reconhecimento do casamento civil homoafetivo, dado que o Direito é um sistema lógico [que, portanto, não admite soluções distintas para situações análogas].

O *Ministro Marco Aurélio Buzzi* afirmou que não há nenhum motivo jurídico que justifique o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo, na medida em que casais homoafetivos formam uma família [conjugual] e o casamento civil constitui-se no vínculo jurídico a dar maior segurança aos vínculos e deveres conjugais.

*Incrivelmente, o Ministro Raul Araujo mudou de opinião após o voto do Ministro Marco Aurélio Buzzi, afirmando que não seria da competência do STJ decidir o tema. Mas, por 4x1, reconheceu-se o direito ao casamento civil por casais homoafetivos.*

#### **1.4. A Resolução do Conselho Nacional de Justiça brasileiro que impôs o respeito ao direito ao casamento civil homoafetivo.<sup>67</sup>**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em abril/2013, a Resolução 175, que impôs aos Cartórios de Registro Civil do país a obrigação de celebrarem o casamento civil homoafetivo, com base na decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277, bem como na decisão do STJ no REsp 1.183.378/RS.

---

<sup>67</sup> Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Os princípios fundantes**. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, item 5, pp. 167-170 [item 5. “Constitucionalidade da Res. CNJ 175/2013 (casamento civil homoafetivo)”].

Muitos alegam a “inconstitucionalidade” desta resolução por suposta “usurpação de competência” do Congresso Nacional. Contudo, embora seja compreensível o estranhamento (até porque o CNJ ainda é historicamente muito recente, já que criado pela EC 45/2004, donde ainda muito há que se consolidar sobre suas competências), a crítica é equivocada, consoante defendido pelo cosignatário Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, em *amicus curiae* apresentado em nome do PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) e da ARPEN-RJ (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Rio de Janeiro) na ADI 4966, movida pelo PSC (Partido Social Cristão) contra a mesma.

Em síntese, defendeu-se no citado *amicus* que considerando que a decisão do STJ na ADPF 132 e na ADI 4277, que tem *força de lei* por conta de seu *efeito vinculante* e eficácia *erga omnes* (ou seja, é de obrigatório cumprimento no país inteiro), afirmou a Suprema Corte brasileira na parte dispositiva da decisão (que é a que tem efeito vinculante) que o reconhecimento da união estável homoafetiva é um “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”. Assim, considerando que uma das “consequências” da união estável heteroafetiva é a possibilidade de conversão em casamento, tem-se que o efeito vinculante da decisão do STF torna *obrigatório* o reconhecimento do direito ao casamento civil a casais homoafetivos, donde, se algo é de obrigatório cumprimento no país inteiro, o tema se torna meramente administrativo, razão pela qual tem o Conselho Nacional de Justiça plena competência para isto impor a todos os Cartórios de Registro Civil do país. Isso sobre a possibilidade de conversão de prévia união estável homoafetiva em casamento civil. Afinal, se a decisão em controle concentrado de constitucionalidade tem *força de lei*, desnecessária a aprovação de uma lei formal do Parlamento para criar a norma jurídica autorizativa do casamento civil homoafetivo porque tal norma jurídica foi criada pela força de lei da decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277.

Sobre o casamento civil direto, sem prévia união estável, embora ele não seja uma decorrência lógico-dedutiva do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* da decisão do STF, defendeu-se que se um casal homoafetivo pode se casar por conversão de prévia união estável, então foi reconhecido o seu direito ao casamento civil, donde seria um profundo contrassenso reconhecer a possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil mas não se reconhecer o direito de casais homoafetivos acessarem diretamente o casamento civil. Até porque, para piorar, isso acabaria por impor às uniões homoafetivas uma espécie de “estágio probatório”, relativo à sua caracterização como união estável, para que se mostrem “dignas” de acessarem o casamento civil, algo que não se exige das uniões heteroafetivas, o que seria inconstitucional por violação do princípio da isonomia, pela arbitrariedade da medida (inexistência de motivação lógico-racional que lhe sustente), e da dignidade da pessoa humana, por tal exegese inegavelmente colocar a união homoafetiva como “menos digna” do que a heteroafetiva, já que a esta seria reconhecido o direito de acessar diretamente o casamento civil enquanto se imporá àquela um “estágio probatório” prévio, via união estável, para isto merecer, violando a igual dignidade jurídica devida a todos os seres humanos por sua mera humanidade por conta da arbitrariedade de tal medida.

Por outro lado, ao extinguir o Mandado de Segurança (MS) 32.077 movido anteriormente pelo PSC para a mesma finalidade, extinção esta decorrente do evidente

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

descabimento da ação (incabível para discutir-se “norma jurídica em tese”, bem como pela inexistência de “direito líquido e certo” de filiados do partido prejudicado pela Resolução CNJ 175/13, já que inexistente um “direito de discriminar”, obviamente não mencionado na ação, bem como pelo Congresso Nacional não se encontrar “impedido” de legislar sobre o tema), o Ministro Fux teceu relevantes considerações sobre o tema. Afirmou Sua Excelência que, no julgamento da ADC 12, que reconheceu a constitucionalidade de resolução do CNJ que vedava o nepotismo no Judiciário (também atacada por suposta usurpação de competência do Congresso Nacional e da suposta necessidade de lei formal do Parlamento para isto impor), o STF afirmou que o CNJ tem a competência para criar *atos normativos primários* (ou seja, para inovar no mundo jurídico) mediante concretização de normas constitucionais, especialmente pelo fato de o CNJ ser integrante do Judiciário e, como tal, não poder ter a si negada a competência de aplicar diretamente as normas constitucionais. No caso do nepotismo, concretização dos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, da igualdade, da eficiência (arts. 5º e 37, *caput*). No caso da união homoafetiva (acrescento), mediante concretização dos princípios da igualdade (art. 5º, *caput* e II), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da liberdade real (art. 5º, *caput*), da liberdade de consciência homoafetiva (art. 5º, VI), da pluralidade de entidades familiares (art. 226, *caput*), da promoção do bem estar de todos, em uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de quaisquer espécies (art. 3º, I e IV).

Logo, “antes de constituir ofensa, a atuação do Conselho Nacional de Justiça se coaduna com as suas competências outorgadas pelo precitado art. 103-B, § 4º, II da Constituição de 1988” (STF, MS n.º 32.077, Ministro Fux), donde absolutamente constitucional a Resolução CNJ 175/13.

A ação, ainda, pende de julgamento.

**CONCLUSÃO.**

Ante o exposto, requer-se a habilitação do GADvS enquanto *amicus curiae* neste processo e sejam, ao final, acolhidas suas razões para se reconhecer a violação dos direitos humanos de casais homoafetivos pela negativa de seu reconhecimento enquanto família pelas legislações nacionais e, ainda, pela discriminação dos mesmos no que tange ao acesso ao regime jurídico do casamento civil (“*mesmos direitos com os mesmos nomes*”).

Termos em que,  
Pede e Espera Deferimento.  
São Paulo, 06 de dezembro de 2016.

**Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**  
**OAB/SP n.º 242.668**