

REVISTA INTERNACIONAL  
**CONSINTER**  
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do  
Conselho Internacional de Estudos  
Contemporâneos em Pós-Graduação*

**ANO V – NÚMERO IX**

**2º SEMESTRE 2019**

**ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS**

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



**Europa** – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600  
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

*Home page:* revistaconsinter.com

*E-mail:* internacional@jurua.net

**ISSN: 2183-6396**

**Depósito Legal: 398849/15**

**DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00**

**Editor:**

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

**Diretores da Revista:**

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL  
**CONSINTER**  
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do  
Conselho Internacional de Estudos  
Contemporâneos em Pós-Graduação

**ANO V – NÚMERO IX**

**2º SEMESTRE 2019**

**ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS**

Porto  
Editorial Juruá  
2019

# Instruções aos Autores

## Revista Internacional CONSINTER de Direito

### 1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

#### REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

**OBS. 1:** Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

**OBS. 2:** Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

### 2. PERIODICIDADE

Semestral.

### 3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

### 4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

## 5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;  
**Obs.:** Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

## **6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES**

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

### **I) Trabalhos Estrangeiros:**

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

#### **Estilo Chicago:**

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

### **II) Trabalhos Brasileiros:**

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

#### **A – Sistema Autor-Data**

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

**Obs.:** Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

#### **B – Sistema em Notas de Rodapé**

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referênciação, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

### **7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS**

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

**Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.** A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

### **CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO**

**Coordenação Executiva** [contato@consinter.org](mailto:contato@consinter.org)

[www.consinter.org](http://www.consinter.org)

#### **INDEXADORES DA REVISTA:**

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

## Instructions To Authors

### 1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

#### 1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

**NOTE 1:** In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

**NOTE 2:** The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

### 2. PERIODICITY

Half-yearly

### 3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

### 4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail [contato@consinter.org](mailto:contato@consinter.org)

## **5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:**

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

**Note:** The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

## **6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS**

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

### **I) For Foreign Work:**

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

#### **Chicago Style:**

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

### **II) For Brazilian Works**

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

#### **A – Author-Date System**

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

**Note:** If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

### **B – Number System (Footnotes)**

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

## **7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW**

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

## **INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO**

**Executive Coordination** [contato@consinter.org](mailto:contato@consinter.org)

### **INDEXERS**

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

## COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho  
Adriano Fábio Cordeiro da Silva  
Adriano Fernandes Ferreira  
Alcir Gursen de Miranda  
Alessandra Balestieri  
Alexandre de Albuquerque Sá  
Almir Santos Reis Junior  
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Ana Lúcia Seifriz Badia  
Andrei de Oliveira Rech  
Bruno Miragem  
Carlos Francisco Molina del Pozo  
Carlos José Cordeiro  
Carlos Roberto Bacila  
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho  
Daniel Blume Pereira de Almeida  
Daniela Carvalho Almeida da Costa  
Edimur Ferreira de Faria  
Edna Raquel Hogemann  
Eugênio Facchini Neto  
Euvaldo Leal de Melo Neto  
Fabiana Oliveira Bastos de Castro  
Fabiana Ricardo Molina  
Fábio Lins de Lessa Carvalho  
Felipe Azzi Assis de Melo  
Felipe Dutra Asensi  
Fernanda Alves Vieira  
Fernando Massardo  
Fernando Rodrigues Martins  
Glauca Maria de Araújo Ribeiro  
Gonçalo S. de Melo Bandeira  
Inês da Trindade Chaves de Melo  
Isaac Sabbá Guimarães  
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín  
José María Tovillas Morán  
Josiane Becker  
Judith Morales Barceló  
Karina A. Denicol  
Karine Silva Demoliner  
Laís Alves Camargos  
Leonardo David Quintiliano  
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes  
Luis Bahamonde Falcón  
Luiz Carlos Figueira de Melo  
Marcus Elidius Michelli de Almeida  
María Ángeles Pérez Marín  
María Soledad Racet Morciego  
Mário Luiz Ramidoff  
Mayrinkellison Peres Wanderley  
Miguel Horvath Júnior  
Nancy Carina Vernengo Pellejero  
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez  
Nicola Frascati Junior  
Nilton Cesar da Silva Flores  
Patrícia Fortes Attademo Ferreira  
Paulo J. S. Bittencourt  
Raphael Corrêa  
Renata Martins de Carvalho  
Renato Lopes Becho  
Roberta Soares da Silva  
Rogério Medeiros Garcia de Lima  
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda  
Theodoro Vicente Agostinho  
Thiago Serrano Pinheiro de Souza  
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho  
Vitor Hugo Mota de Menezes  
Wagner Balera

# Integrantes do Conselho Editorial do



## **Alexandre Libório Dias Pereira**

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

## **Antonio García-Pablos de Molina**

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

## **Carlos Francisco Molina del Pozo**

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

## **Fernando Santa-Cecilia García**

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

## **Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

## **Joan J. Queralt**

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

## **Jordi García Viña**

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

## **Manuel Martínez Neira**

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

## **María Amparo Grau Ruiz**

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

## **María del Carmen Gete-Alonso y Calera**

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

## **Mário João Ferreira Monte**

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

## **Paulo Ferreira da Cunha**

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

## ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

**Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma  
licença 3.0 Brasil.**

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



### **ATRIBUIÇÃO**

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



### **USO NÃO COMERCIAL**

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



### **COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA**

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

***Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.***

## APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

# O DIREITO À LIBERDADE DE AMOR HOMOSSEXUAL: DA INTERDIÇÃO MORAL DO DESEJO À PROCLAMAÇÃO DE UM EFETIVO DIREITO FUNDAMENTAL

## THE RIGHT TO SAME-SEX RELATIONSHIP: THE MORAL INTERDISM OF THE DESIRE UP UNTIL PROCLAMATION OF AN EFFECTIVE FUNDAMENTAL LAW

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.05

Recebido 21.03.2019 / Aprovado 23.05.2019

*Edna Raquel Hogemann*<sup>1</sup> – <https://orcid.org/0000-0003-3276-4526>

*E-mail:* [ershogemann@gmail.com](mailto:ershogemann@gmail.com)

*Thiago Serrano Pinheiro de Souza*<sup>2</sup> – <https://orcid.org/0000-0002-8159-8918>

*E-mail:* [thiagoserrano@gmail.com](mailto:thiagoserrano@gmail.com)

**Resumo:** Procura estabelecer os fundamentos éticos para que o desejo seja recepcionado, respeitado e tutelado pelo ordenamento jurídico em detrimento de uma pretensa moral vigente, a partir de uma leitura principiológica da Constituição Federal de 1988 e da própria estruturação do ser como humano. Desse pressuposto, o desejo (homo)sexual deverá ser exercido com liberdade por sujeitos capazes, existindo, pois, um direito à liberdade de amor (afeto) homossexual como norma de personalidade (atributo que compõe a esfera íntima do humano) e norma fundamental (liberdade de exercício contra ingerências indevidas do Estado e de outros cidadãos). Do ponto de vista metodológico, trata-se de estudo reflexivo de feição dialética apoiada em fontes doutrinárias e jurisprudencial, com suporte interdisciplinar teórico em Foucault e Freud.

**Palavras-chave:** Afeto. Homossexualidade. Direito Fundamental. Liberdade.

**Abstract:** It seeks to establish the ethical foundations so that the desire is received, respected and protected by the legal order to the detriment of a prevailing moral, starting from a principled reading of the Federal Constitution of 1988 and the very structuring of being as human. From this assumption, the sexual desire (homo) should be exercised freely by capable individuals, and there is a right to homosexual freedom of love (affection) as a norm of personality (attribute that composes the inner sphere of the human) and fundamental norm freedom from undue interference by the State

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito-UNESA. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA/RJ. Coordenadora da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora do Grupo Institucional de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social.

<sup>2</sup> Doutor em Direito-UNESA. Professor de graduação e Pós-Graduação em Direito Civil da UNESA/RJ e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Grupo Institucional de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social.

and other citizens). From the methodological point of view, this is a reflexive study of a dialectic feature supported by doctrinal and jurisprudential sources, with theoretical interdisciplinary support in Foucault and Freud.

**Keywords:** Affection. Homosexuality. Fundamental Right. Liberty.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto, no contexto da evolução da sociedade contemporânea brasileira, o estabelecimento dos fundamentos axiológicos para que o desejo seja recepcionado, respeitado e tutelado pelo ordenamento jurídico em detrimento da moral, a partir de uma leitura principiológica da CRFB/1988 e da própria estruturação do ser como humano. Diante dessa premissa, o desejo homossexual deverá ser exercido com liberdade por sujeitos capazes, existindo, pois, um direito à liberdade de amor homossexual como norma de personalidade e norma fundamental.

Não obstante avanços significativos que resultam de luta persistente e organizada contra preconceitos os mais desumanos, subsistem evidentes lacunas quanto à legislação referente ao exercício do desejo homoafetivo, no direito brasileiro.

No entendimento dessa problemática, vale sublinhar que o ordenamento jurídico e seus respectivos institutos tiveram origem no pensamento liberal, que conferia ênfase a valores como iniciativa privada e acumulação de bens materiais, na base do capitalismo como sistema econômico e no liberalismo como sistema de governo da sociedade. Diante disso, algumas dificuldades foram encontradas ao longo da pesquisa, em decorrência da apropriação do presente elemento ético pelo sistema de Direito. Assim, apenas o desejo material foi contemplado nas normativas de inspiração burguesa.

Desta forma, o Estado burguês promoveu o controle do sexo, legitimando-o dentro do matrimônio com finalidade eminentemente procriativa. Logo, o sistema civil, por meio da moral, interdito as sexualidades insubmissas ao capital, impondo norma ao exercício da sexualidade, retirando-a, artificialmente, do campo do desejo, possibilitando condenações judiciais das consideradas perversões.

Porém, como o dinamismo da sociedade é dado de realidade irretorquível, movimentos sociais duramente conquistaram transformações, que se expressam contraditoriamente no cotidiano.

Entre outras mudanças, merece relevo a luta pelo reconhecimento de direitos dos homossexuais, que vêm a lume em busca de sua proteção, como pessoas titulares de prerrogativas conferidas internacionalmente aos humanos, com destaque à dignidade, à liberdade, à isonomia, à não discriminação e à busca pela felicidade, o que faz emergir um verdadeiro direito fundamental à liberdade de amar.

Não obstante essa evolução, a produção científica jurídica e a prática nos Tribunais ainda se ressentem de estudos sistemáticos acerca de tema de tão elevada relevância, uma vez que o reconhecimento jurídico da união homoafetiva pelo STF, no ano de 2011, ainda não foi transportado à seara legislativa.

### 1 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO DESEJO E SUAS LIMITAÇÕES QUANTO AO SUJEITO ÉTICO

Do desejo eis que nasce o amor, desejo esse que surge inconscientemente no ser humano não possuindo limites, regras, conhecimento ou sentido, urgindo ser

exercido de forma plena. E o amor é a abertura para o outro, em decorrência de um desejo sem destinatário certo. Mas a moral interditou o desejo sexual e, consequentemente, impediu a liberdade de exercício do amor. Determinou, assim, a maneira correta na utilização dos prazeres, os quais foram retirados da ordem do desejo e colocados na ordem da cultura, diante de um artificialismo em sua prática, cuja finalidade apenas se prestava aos interesses do capital: corpos úteis ao trabalho e ao consumo.

Diante da apropriação do desejo pela moral, houve o enquadramento do amor erótico: o sexo com fins procriativos e o amor surgindo na relação entre homem e mulher, pois a única biologicamente apta a gerar frutos. Nesse sentido, todas as demais formas de exercício do desejo sexual foram interditas e deslegitimadas, o que não ocorreu apenas com a homossexualidade, sendo recente a decisão do Conselho Nacional de Justiça, que desautorizou os cartórios brasileiros em realizarem o registro do casamento poliafetivo<sup>3</sup>.

Enclausuraram o desejo homossexual, anulando-o à clandestinidade. Ao preterirem a sexualidade *anormal*, retiraram-na da ordem dos desejos, desvalorizando aquilo que se encontra no âmbito mais íntimo do ser humano. Por meio de construções equivocadas, a cultura pintou um quadro em que a sexualidade humana somente se legitimaria no quarto de um homem e de uma mulher, unidos pelo sagrado matrimônio e com o único objetivo concernente à procriação. E todas as outras formas de desejo foram relegadas para fora dessa moldura, o que as tornou periféricas e marginalizadas. Nesse sentido, é de se perceber o contingenciamento das sexualidades *heterodiscordantes*.

Para Foucault, na constituição do sujeito ético não foi levado em consideração o conhecimento acerca de seu desejo, constituindo um dos males da razão a sua limitação, como se comprova na Antiguidade e no Cristianismo, por meio da chamada temperança sexual.

De acordo com Foucault, existe uma diferença substancial em relação à moral grega e a moral cristã, quanto ao uso dos prazeres. Enquanto que na moral grega, o homem, através de um ato voluntário, realiza o domínio de si, na moral cristã ele renuncia a si através de um código. Assim, na moral grega existe uma relação interna do sujeito para com ele mesmo, já na moral cristã existe uma relação externa do sujeito com o outro, por isso a dissimulação. Na moral grega, dentro do conceito de estética da existência, seria belo o homem dominar a si, ser temperante, dominar seus desejos e realizá-los de maneira comedida. De outra sorte, na moral cristã a renúncia de si irá proporcionar um julgamento de valor em relação aos desejos que o homem esconde, bem como aos objetos do prazer que são acessados, estimulando a conduta celibatária, a partir da apologia à virgindade, dentro do conceito de hermenêutica do desejo.

De outra sorte, quis a natureza que a realização do ato sexual, fosse associada a um prazer, orientado pelo desejo. Desejo esse que nasce da falta, ou seja, surge em

<sup>3</sup> O Plenário do CNJ decidiu, em 26.06.2018, que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável, apenas.

desejar aquilo que falta ao homem, pois se nada lhe falta, desejo também não há de existir<sup>4</sup>.

Segundo a filosofia grega, seria no terreno sexual que o humano concilia o instinto animal com a racionalidade que adquiriu dos deuses<sup>5</sup>, numa interação que se reflete na psicologia, no social, no Direito, dentre outras ciências. Em todas as espécies, o sexo restringe-se à procriação, o que não deve corresponder aos seres dotados de inteligência, que o utilizam como fonte de prazer e elevação.

Na concepção freudiana<sup>6</sup>, para a biologia a existência de necessidades sexuais no ser humano, expressa-se na suposição de haver um instinto sexual, tal qual existe nos animais, por meio da libido. Já a opinião popular possui ideias bem definidas acerca da natureza e das características desse instinto sexual, sendo ele ausente na infância e aparecendo na puberdade com a maturação do corpo, ao se revelar na irresistível atração que um sexo exerce sobre o outro. De acordo com o autor: “*Mas temos motivos para ver nessas informações um quadro infiel da realidade; a um exame mais atento, elas se mostram plenas de erros, imprecisões e conclusões precipitadas*”<sup>7</sup>.

Sendo o objeto sexual, a pessoa da qual vem a atração sexual e a meta sexual, a ação pela qual o instinto impele, Freud indica vários desvios no tocante aos dois e a relação entre eles e a norma suposta. Para o autor:

*A teoria popular do instinto sexual tem uma bela correspondência na fábula poética da divisão do ser humano em duas metades – homem e mulher – que buscam unir-se novamente no amor. Resulta em grande surpresa, então, saber que existem homens para os quais o objeto sexual não é a mulher, mas o homem, e mulheres para as quais esse objeto não é o homem, mas a mulher*<sup>8</sup>.

Psicanaliticamente, muitos tentaram explicar a homossexualidade, entendida como sexualidade invertida. Uns a associaram a degeneração, considerada como uma patologia não traumática ou infecciosa. Porém, segundo Freud<sup>9</sup>, os homossexuais não são degenerados; a uma, pois a inversão é encontrada em pessoas que não exibem outros desvios sérios da norma; a duas, pois a homossexualidade apresenta-se, muitas vezes, em pessoas que não possuem capacidade de funcionamento prejudicada, pelo contrário, possuem elevado desenvolvimento intelectual e cultura ética; a três, pois a homossexualidade era um fenômeno frequente, quase uma instituição dotada de funções importantes, em povos antigos, que estavam no apogeu de sua cultura; dentre outras.

---

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 3**. O cuidado de si. 3. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rev. Tec. José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 53.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7.

<sup>6</sup> FREUD, Sigmund. **Obras completas**: três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso Dora”) e outros textos (1901-1905). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. v. 6, p. 20.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> FREUD, *op. cit.*, p. 25-26.

Para outros a homossexualidade possuía caráter inato, pelo menos em relação às pessoas absolutamente invertidas<sup>10</sup>, e isso com fundamento nas ponderações feitas por eles próprios, ou seja, de que em nenhum momento da vida o seu instinto sexual demonstrou outra tendência. Freud, mais uma vez, refuta o caráter inato da homossexualidade; a uma, pois em muitos homossexuais (também absolutos) pode-se demonstrar que houve, bem cedo na vida, uma impressão de natureza sexual que deixou, como consequência duradoura, a inclinação sexual; a duas, pois em outros casos, é possível indicar influências externas propiciadoras ou inibidoras, que levaram, época mais distante ou mais recente, à fixação da inversão (experiências em guerra ou prisões, perigo das relações heterossexuais, celibato, fraqueza sexual, entre outras); a três, pois a homossexualidade pode ser eliminada por sugestão hipnótica, o que não aconteceria se fosse um fenômeno inato<sup>11</sup>; dentre outras.

Nesse cenário, a alternativa inato-adquirida se mostra insuficiente ou não cobre todas as circunstâncias presentes na homossexualidade. Apesar da psicanálise, até Freud, não ter apresentado um esclarecimento decisivo acerca da homossexualidade, acabou desvelando o mecanismo psíquico de sua gênese. Foi constatado que os homossexuais passam, nos primeiros anos da infância, por uma fase breve e intensa de fixação na mulher (geralmente a mãe), e, após superá-la, identificam-se com a mulher e tomam a si próprios como objeto sexual, ou seja, partindo do narcisismo, buscam homens jovens e semelhantes a si mesmos, que querem amar, como a mãe os amou. Curioso notar, que muitos homossexuais não são absolutamente insensíveis aos encantos de uma mulher, mas constantemente transpunham a excitação despertada por um objeto masculino. Assim, acabavam repetindo, durante a vida, o mecanismo pelo qual sua inversão havia surgido. Segundo Freud, o anseio compulsivo por outro homem revela-se, ao homossexual, uma incessante fuga de qualquer uma mulher<sup>12</sup>.

Importante registrar, que a investigação psicanalítica não se propõe, de forma contundente, à separação dos homossexuais das outras pessoas, considerando-os um grupo especial de seres humanos, pois não há dúvidas de que todas as pessoas sejam capazes de uma escolha homossexual de objeto, a fazendo de maneira inconsciente. A decisão sobre o comportamento sexual definitivo ocorre somente após a puberdade e é o resultado de uma série de fatores ainda não apreendidos em seu conjunto, alguns de natureza constitucional e outros de natureza acidental, sendo a vigência da escolha narcísica de objeto e a manutenção do significado erótico da zona anal suas características essenciais. Entre as influências acidentais na escolha do objeto, existe a frustração (amedrontamento sexual precoce), bem como os efeitos da presença dos dois genitores na criação do homossexual. Por fim, deve-se dissociar inversão do objeto sexual da mescla de características sexuais do sujeito<sup>13</sup>, até porque coexistem o homoerótico no sujeito, que se sente e se comporta como mulher e o homoerótico

---

<sup>10</sup> Para Freud: “São absolutamente invertidas, ou seja, seu objeto sexual pode ser apenas do mesmo sexo, enquanto o sexo oposto não é jamais objeto de anseio sexual para elas, deixando-as frias ou mesmo lhes causando aversão. Sendo homens, essa aversão os torna incapaz de perfazer o ato sexual normal ou de nele sentir prazer” (FREUD, *op. cit.*, p. 22).

<sup>11</sup> FREUD, *op. cit.*, p. 27.

<sup>12</sup> FREUD, *op. cit.*, p. 34.

<sup>13</sup> FREUD, *op. cit.*, p. 34-35.

no objeto, que é viril e apenas troca o objeto feminino por um do mesmo sexo. De acordo com Freud:

*[...] Chama a nossa atenção o fato de havermos concebido a ligação entre o instinto sexual e o objeto sexual como mais estreita do que é na realidade. O conhecimento obtido em casos considerados anormais nos diz que neles há apenas, entre instinto sexual e objeto sexual, uma soldagem, que arriscamos não enxergar devido à uniformidade da configuração normal, em que o instinto parece já trazer consigo o objeto. Assim, somos levados a afrouxar a ligação entre instinto e objeto que há em nossos pensamentos. É provável que o instinto sexual seja, de início, independente de seu objeto, e talvez não deva sequer sua origem aos atrativos deste<sup>14</sup>.*

Em síntese, para Freud instinto sexual (comportamento a que se direciona) e objeto sexual (sujeito a quem se atrai) constituem situações diferentes, pois o instinto não traz consigo o objeto, pelo contrário, parecem ser independentes um do outro. Com isso, a soldagem entre instinto e objeto restringe-se a outro universo, em que se evidencia a falta de conhecimento.

## 2 O DESEJO, A CONSTRUÇÃO DA SEXUALIDADE E SUA APROPRIAÇÃO PELO FENÔMENO JURÍDICO

Cumprе destacar, que a construção da sexualidade e do desejo, tanto das minorias quanto das maiorias, decorre da descoberta do sujeito do inconsciente, que revela que o desejo é inconsciente e que o sujeito é também desejo, pois onde se encontra o desejo está o sujeito<sup>15</sup>. Em outro sentido, o ser humano não se realiza sem dar sentido aos seus atos, constituídos culturalmente. Nesta perspectiva, o sexo seria o terreno onde natureza e cultura se encontraram pela primeira vez, e mais, o sexo seria o ponto de partida de toda cultura<sup>16</sup>.

Porém, para Foucault<sup>17</sup>: “*Nada daquilo que ele [o homossexual] é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade*”, e, com isso, tentar caber numa padronização moralmente construída, constitui um mecanismo frustrante de inclusão. Ao invés de buscarem inclusão a partir do mesmo, os homossexuais começaram um processo de inclusão a partir do oposto. Com isso, ocorreu a busca pelo encaixe perfeito, dentre a novel categoria criada (homossexualidade como sexualidade invertida), em que muitos o fizeram pelo diagnóstico psiquiátrico, alguns pela sanção penal e a maioria pela incorporação dessa invenção médico-legal como meio de auto-identificação<sup>18</sup>.

De outra sorte, caso fosse possível estabelecer uma sociedade pura, desprovida de construtos repressivos, todas as formas autônomas de desejo sexual pode-

---

<sup>14</sup> FREUD, *op. cit.*, p. 37.

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 55.

<sup>17</sup> FOUCAULT, *op. cit.*, p. 43.

<sup>18</sup> MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu**, Unicamp, v. 28, p. 5, 2007.

riam coexistir em harmonia, pois não haveria espaço à moral limitadora imposta pela classe dominante, que tem receio de possibilitar a transformação da conduta sexual como instrumento de exercício do desejo, ao invés de estar circunscrita, apenas, à procriação de corpos úteis ao capital e ao consumo, sem falar da transferência patrimonial decorrente da legitimidade de filhos, provenientes do sagrado matrimônio.

Diante do controle do exercício sexual pelo Estado burguês, por meio do sistema civil, refutaram-se as sexualidades insubmissas ao capital, ou seja, todos os prazeres sem frutos. Multiplicaram-se as condenações judiciais das perversões, quando o ordenamento jurídico impôs norma ao exercício sexual, inserindo no discurso moral a restrição da sexualidade à genitalidade, retirando-a, artificialmente, do universo do desejo.

De acordo com Foucault<sup>19</sup>, em relação à evolução do comportamento sexual humano, o sujeito ocidental, durante três séculos, foi estimulado a relatar tudo quanto fosse possível acerca de sua conduta sexual. A partir da época clássica, houve uma intensificação e correspondente valorização do discurso sexual, acarretando ao homem efeitos múltiplos no que concerne à tentativa de deslocamento, reorientação e modificação de seu próprio desejo, em contexto cuidadosamente analítico.

Portanto, o discurso sobre a sexualidade humana encontra-se baseado no regime poder-saber-prazer, a fim de explicar como o poder consegue chegar às condutas sexuais íntimas e individuais. O poder tenta percorrer os caminhos das formas raras ou quase imperceptíveis do desejo, penetrando e controlando o prazer cotidiano, por meio da recusa, bloqueio e desqualificação de um lado, mas também de incitação e intensificação, constituindo, desta maneira, as *técnicas polimorfas do poder*<sup>20</sup>.

Foucault afirma que o Estado, a partir do poder que lhe é investido, preocupa-se, dentre outras questões, pela forma como cada cidadão utiliza-se de seu sexo. Evidencia-se a necessidade, que o Estado saiba o que se passa com o sexo dos cidadãos e o uso que dele fazem, bem como que cada um seja capaz de controlar sua prática<sup>21</sup>, evitando a proliferação das chamadas sexualidades insubmissas ao capital, pela ausência de procriação, demonstrando que o discurso moral na verdade trata-se de um discurso estatal.

A partir do discurso apresentado, multiplicaram-se as condenações judiciais das perversões; vinculou-se a irregularidade sexual à doença mental (dentre elas a homossexualidade); da infância à velhice foi definida uma norma de desenvolvimento sexual e foram cuidadosamente caracterizados todos os desvios possíveis; organizaram-se controles pedagógicos e tratamentos médicos; moralistas e médicos propagaram o discurso de abominação; estruturou-se uma sexualidade centrada na genitalidade, rechaçando-se os prazeres sem frutos, constituindo, desta forma, como preocupações elementares: assegurar o povoamento, reproduzir força de trabalho, repro-

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 3**. O cuidado de si. 3. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rev. Tec. José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 25-26.

<sup>20</sup> FOUCAULT, *op. cit.*, p. 17.

<sup>21</sup> FOUCAULT, *op. cit.*, p. 30.

duzir a forma das relações sociais, proporcionando uma sexualidade economicamente útil e politicamente conservadora<sup>22</sup>.

Nesse cenário, as interdições sexuais tinham natureza jurídica. Construíram-se normativas em que apenas o matrimônio heterossexual fora contemplado com regulamentações artificiais, em que a transferência patrimonial fosse operacionalizada de forma correta, legítima e confiável. Conceitos como a virgindade e a fidelidade da mulher transformaram-se de regras morais em regras jurídicas no Código Civil brasileiro de 1916<sup>23</sup>.

Não apenas a homossexualidade faz parte desse rol. Toda e qualquer forma estranha à heterossexualidade matrimonializada padeceu (e ainda padece) do estigma de sexualidade periférica. Dessa forma, é possível lembrar das uniões de fato, havidas entre o homem e a mulher na sociedade brasileira antes da CRFB/1988. Tais uniões não eram reconhecidas pelo Direito e sofriam o preconceito social. Somente depois da promulgação da Constituição foi que houve o reconhecimento jurídico das uniões estáveis, dispensando-se as núpcias para que os envolvidos obtivessem direitos. Direitos ainda tímidos. Somente em 1996<sup>24</sup>, foi dispensado o exame de esforço comum para meação do patrimônio entre companheiros, e apenas em 2017<sup>25</sup>, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, que trazia situação de diminuição de direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente em comparação com o cônjuge viúvo.

Assim, a evolução da sexualidade heterodiscordante trouxe à evidência que a sociedade determinou padrões de conduta, baseados numa moral desarrazoada, cujo único objetivo era o de perpetuar a ordem de estruturas econômicas e valores conservadores. Atualmente, as possibilidades de variantes de orientação sexual e de estabelecimento de relacionamentos plurais constituem o patrimônio inalienável dos direitos fundamentais, tuteladas, implícita ou explicitamente, pelo Direito em importantes normas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a maioria das constituições democráticas ocidentais<sup>26</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece como seu princípio fundamental, que todo ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos, impedindo a diminuição de prerrogativas legais por parte dos Estados, em decorrência de características peculiares da personalidade do sujeito, que não violem a esfera jurídica de outro cidadão. Consagra-se, desta maneira, a igualdade e a não discriminação como resultado do sexo, da orientação sexual e da identidade de gênero do sujeito.

Portanto, a Declaração Universal, a Carta das Nações Unidas e vários tratados de direito internacional determinam obrigações para os Estados, a fim de materializar os mencionados princípios, cabendo a eles: proteger os indivíduos contra violên-

---

<sup>22</sup> FOUCAULT, *op. cit.*, p. 40.

<sup>23</sup> Não é possível esquecer a disposição do art. 219, inc. IV do CC/1916, que considerava erro essencial apto a gerar a anulação do casamento, a ignorância do defloramento da mulher pelo marido.

<sup>24</sup> Art. 5º da Lei 9.278/1996.

<sup>25</sup> Cf. voto do Ministro Luís Roberto Barroso no REExt. 878.694/MG. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

<sup>26</sup> BAUMAN, *op. cit.*, p. 73.

cia, tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante; promulgar leis contra o ódio e a discriminação; criar sistemas destinados à apuração e julgamento de atos homofóbicos e transfóbicos; permitir asilo de indivíduos perseguidos em decorrência de sua orientação sexual; revogar leis que criminalizem ou exponham a conduta sexual *heterodiscordante* privada entre indivíduos capazes; promulgar leis outorgando direitos às parcerias entre pessoas do mesmo sexo; e, promover uma cultura de igualdade e diversidade, que englobe o respeito aos direitos dos indivíduos homossexuais e transgêneros.

### 3 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DA MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE PREFERÊNCIA SEXUAL

O desejo, como visto, não foi precisamente recepcionado pelo fenômeno jurídico nacional, uma vez que se trata de traço inerente ao comportamento humano, sendo, pois, indispensável a apropriação de seu conteúdo orgânico, disposto por outras ciências. Sem a análise do desejo pela Filosofia, Sociologia e Psicanálise<sup>27</sup>, o exercício jurisdicional de seu reconhecimento e proteção, resta esvaziado e, muitas vezes, calca-do no imaginário pertencente ao julgador, devendo assim, a CRFB/1988 – com destaque para os arts. 1º, III e 3º, IV – ser aplicada em detrimento de subjetivismos atrelados à consciência do julgador, ante a omissão do legislador infraconstitucional.

Não resta dúvida, de que o sistema jurídico brasileiro atravessa o fenômeno da judicialização, que significa que questões relevantes do ponto de vista moral estão sendo decididas pelo STF e demais órgãos judiciários, em caráter final. Isso se deve ao fato de que os atores políticos estão, em certa medida, preferindo outorgar ao STF a função de decidir acerca de questões polêmicas, nas quais exista desacordo moral na sociedade. Barroso cita a decisão de reconhecimento das uniões homoafetivas como sendo um exemplo da relatada atuação do Supremo<sup>28</sup>, ao clamar a liberdade de afeto homossexual como efetivo direito fundamental.

Vale destacar que:

*A materialização do direito fundamental ao afeto impõe uma pesquisa detalhada, uma vez que, juridicamente, o presente direito vem sendo colocado em segundo plano, ante a impossibilidade de aferir claramente sua presença (ou sua ausência) nas relações humanas travadas socialmente. Os questionamentos acerca da responsabilização e da conseqüente reparação envolvendo relações desprovidas de amor encon-*

<sup>27</sup> De acordo com Barroso, surge a cultura pós-positivista, num ambiente em que a solução de problemas jurídicos não se encontra evidenciado na norma. A separação entre Direito e moral, e Direito e outras ciências resta esvaziado, necessitando construir a decisão valendo-se da filosofia moral (busca da justiça e outros valores), da filosofia política (busca de legitimidade democrática e de fins públicos que promovam o bem comum) e de outras ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia (BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 96).

<sup>28</sup> Segundo o autor: “No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso do STF por via de ações diretas” (BARROSO, *op. cit.*, p. 46).

*tram-se na ordem do dia, exigindo do exegeta uma visão mais técnica do fenômeno.* (HOGEMANN; SERRANO, 2013, p. 02)

De acordo com Barroso, o STF tem a legitimidade para proteger e promover os direitos fundamentais, o que possibilita, na presente via, sua atuação contramajoritária, em defesa dos elementos essenciais da Constituição, sempre em favor da democracia<sup>29</sup>. Assim, as escolhas políticas devem ser realizadas pelos órgãos eleitos competentes, legitimando-se ao STF o caráter residual de decidir questões principiológicas, com base em argumentos de razão pública. Tal razão é estruturada a partir de fundamentações, que pessoas com formação política e moral diversas podem acatar<sup>30</sup>, excluindo-se, pois, as de caráter religioso ou ideológico<sup>31</sup>.

Havendo um desacordo moral, como ocorreu com o reconhecimento das parcerias homoafetivas, o papel do Direito deverá ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças, esvaziando visões filosóficas e religiosas diversas, formadas a partir de pré-compreensões do intérprete<sup>32</sup>. Nesse sentido, o princípio da unidade da Constituição determina que o intérprete não pode escolher arbitrariamente qualquer norma, uma vez não existir hierarquia entre normas constitucionais, fazendo com que ele precise demonstrar, de forma argumentativa robusta, à luz do caso concreto, mediante ponderação e proporcionalidade, que a solução acolhida realiza mais adequadamente o desiderato constitucional, naquela situação específica<sup>33</sup>. Além disso, qualquer decisão exarada pelo Supremo Tribunal necessita acolher a pluralidade de pensamentos e ideários humanos, a fim de desenvolver fundamentação que possa suprir, ao menos em parte, as reações adversas ao seu conteúdo, o que evita, em regra, o seu prematuro esvaziamento.

Desta forma, os Tribunais Constitucionais desempenham três grandes papéis: contramajoritário, quando invalidam atos dos poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e, iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais. A postura iluminista deve ser realizada com cautela em momentos excepcionais, porém a proteção das minorias – dentre elas, os homossexuais – não pode ficar ao alvedrio de votação majoritária ou pesquisa de opinião<sup>34</sup>.

Em síntese, conforme bem demonstra Barroso, um dos traços mais marcantes do atual constitucionalismo é a ascensão do Poder Judiciário e, conseqüentemente, das Cortes Constitucionais<sup>35</sup>. Porém, os juízes somente devem atuar de forma criati-

---

<sup>29</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 54.

<sup>30</sup> Sustein propõe, em relação ao momento de construção da Constituição, a observância de acordos não completamente fundamentados. Esses acordos, às vezes, dependem da aceitação de abstrações em meio a sérios desacordos a respeito de casos específicos. Assim, aqueles que têm opiniões conflitantes sobre homossexualidade e igualdade sexual podem aceitar um princípio abstrato de vedação da discriminação (SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 246, p. 79-94, 2007, p. 79).

<sup>31</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>32</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 64.

<sup>33</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 65.

<sup>34</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 177.

<sup>35</sup> A judicialização da política é fenômeno contemporâneo, concernente às nações democráticas, sendo uma de suas finalidades, a efetivação dos direitos fundamentais (HIRSCHL, Ran. The new constitu-

va – com restrições, frise-se – quando estejam em jogo direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, devendo, fora dessas situações, acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de impor sua valoração política de ordem subjetiva<sup>36</sup>.

Diante da doutrina pós-positivista, o julgador deve buscar ir além da legalidade estrita, sem perder de vista o direito objetivo; empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Tal busca ocorre por meio do reconhecimento de normatividade aos princípios, além do desenvolvimento de uma Teoria dos Direitos de Personalidade e dos Direitos Fundamentais edificadas sobre a dignidade da pessoa humana, acarretando uma reaproximação entre Direito e ética<sup>37</sup>.

Nesse sentido, defende-se o direito dos sujeitos homossexuais em ostentar para a comunidade sua identidade sexual e desejo, desfrutar de seus afetos e buscar a felicidade, a partir do reconhecimento da diversidade humana, para não mais se submeterem à clandestinidade. Atualmente, assiste-se ao progresso gradativo da superação do preconceito e da discriminação em relação aos homossexuais e suas parcerias, tanto no âmbito nacional, como no internacional. Com isso, diante da omissão legislativa a respeito, o STF foi instado a pronunciar-se em relação às mencionadas parcerias, que convivem de forma pública, contínua, duradoura e com o objetivo de formar uma família, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. Ao não atrair tal conduta ao seu espectro normativo, o ordenamento resta ameaçado de esvaziamento como instrumento de disciplina das condutas humanas.

É relevante sublinhar que a união homoafetiva decorre de orientação homossexual concreta, fato da vida, e, portanto, não podendo ser renegada pelo Direito, pois diz respeito à esfera privada da existência de cada um. Nesse passo, as relações homossexuais existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico pelo Estado ou, até mesmo, de sua proibição.

O sistema normativo, desde suas origens, atraiu a responsabilidade de observar as condutas sociais, regulamentá-las e, por conseguinte, legitimá-las. Não sendo as uniões homoafetivas propiciadoras de desrespeito a direito de terceiros, elas se afiguram como verdadeiro dado concreto, configurando, portanto, situações legítimas e relativas à esfera privada de cada um. Além do mais, o intérprete constitucional, ao analisar o caso concreto, deve ser movido por argumentos de ordem pública e não por concepções particulares<sup>38</sup>, sejam religiosas ou morais, uma vez que o

---

cionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>. O Poder Judiciário, a fim de concretizá-los, está ou deveria estar aparelhado com instrumentos hábeis e, mais, construções ideológicas pautadas na tolerância, a partir do respeito à pluralidade de opiniões; no abandono dos grandes relatos e na convivência com as aporias do sistema, buscando dirimi-las (NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Trotta, 2003. p. 61-62).

<sup>36</sup> BARROSO, *op. cit.*, pp. 84-85.

<sup>37</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>38</sup> Segundo Barroso: "(...) O intérprete constitucional deve ser consciente de suas preconceções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública" (BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas

papel do Estado e do sistema jurídico é o de acolher todos que são vítimas de preconceito e intolerância<sup>39</sup>, para que possam exercer seu desejo, alcançando, assim, a felicidade.

No caso brasileiro, coube ao Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Carta Constitucional, reconhecer a união estável homoafetiva, decorrente do direito fundamental à preferência sexual, implícito em seu art. 3º, inc. IV<sup>40</sup>, bem como do direito à liberdade e à igualdade de afeto, valor inerente à dignidade humana.

A presente análise encontra respaldo, a partir do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF<sup>41</sup>, cujo objeto era a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do CC<sup>42</sup>. Pleiteava-se, então, a declaração de que uma das vertentes hermenêuticas do artigo em exame, encontrava-se em rota de colisão com a Constituição.

Diante da configuração dos requisitos dispostos acima, construiu-se a concepção de direitos subjetivos de natureza homoafetiva, resultantes da autonomia da vontade, materializando-se a possibilidade de buscá-los judicialmente, uma vez que configuram situação jurídica ativa. Não se trata, nessa quadra da história, de simples proibição do preconceito aos homossexuais, mas da proclamação do direito fundamental ao livre exercício do desejo sexual, que constitui, pois, verdadeira norma constitucional impermeável à mudança.

A CRFB/1988 comporta, em sua estrutura normativa, o direito fundamental à preferência sexual, em seu art. 3º, IV, o qual decorre da nítida opção política realizada pelo poder constituinte originário em reconhecer e respeitar a diversidade sexual, em contraponto à sua padronização, coibindo qualquer forma de discriminação. Não se pode, na presente perspectiva, retirar a escolha do sujeito em relação a sua sexualidade, uma vez que tal condição é inerente à esfera de sua personalidade, constituindo, assim, bem jurídico digno de tutela.

Portanto, o direito fundamental ao livre exercício do desejo sexual tem origem constitucional, correspondendo a um bem inerente à personalidade humana, decorrente do valor que alimenta todo ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade do homem. Para o Ministro relator a preferência sexual constitui um fator de afirmação e elevação do sujeito:

---

iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, n. 5, p. 167-196, jan./mar. 2007, p. 7-8. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2012).

<sup>39</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>40</sup> “**Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>41</sup> Importante destacar, que a ADPF 132/RJ foi encampada pela ADI 4.277/DF. Nas palavras do Ministro relator: “(...) Conheço da ADPF 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do CC brasileiro à técnica da interpretação conforme a constituição. O que vem reprisado na ADI 4.277-DF, proposta pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção”.

<sup>42</sup> “**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

*De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16.06.1768) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente*<sup>43</sup>.

Por ser considerado um Estado Democrático de Direito, o Brasil não deve apenas assegurar ao sujeito o direito de escolha entre várias alternativas possíveis, mas também legitimar condições objetivas, para que tais escolhas sejam concretizadas no plano real. Dessa forma, para um indivíduo de orientação homossexual, a alternativa não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou com pessoas de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual, ou vivê-la clandestinamente.

O termo homoafetividade, que substituiu expressões como homossexualismo e homossexualidade, é impregnado do vínculo de afeto e de solidariedade entre pessoas do mesmo sexo. Pelo direito de não ter deveres ilegítimos, as funções sexuais devem ficar ao livre-arbítrio de cada um, indicando que o indivíduo maior e capaz tem autonomia para estabelecer relações afetivas com quem bem quiser, sendo este também maior e capaz. Tal liberdade impede ao Direito, proibir o factual, natural e axiologicamente não regulamentável.

Vale notar, que o § 3º do art. 226, CRFB<sup>44</sup> parecia criar verdadeiro embaraço à inclusão da entidade familiar homoafetiva na esfera normativa. É que o mencionado parágrafo faz literal alusão aos gêneros homem e mulher, para reconhecimento da união estável. Segundo o Ministro relator, somente o *caput* do mencionado artigo constitucional foi contemplado com a proteção estatal; ou seja, a entidade familiar gozaria da proteção, independentemente de ter sido constituída por casais heterossexuais ou homossexuais.

Em que pese a jurisprudência do STF não considerar a existência, no ordenamento jurídico pátrio, de inconstitucionalidade de normas originárias<sup>45</sup>, há que se fazer leitura de algumas delas, como acontece com o § 3º do art. 226, à luz dos princípios, que estruturam o Estado Democrático de Direito; dos valores, que compõem o substrato fundamental do conjunto jurídico, bem como de outras normas, que possuem, também, o *status* constitucional. A Teoria dos Direitos Fundamentais propicia a interpretação conforme à Constituição, tanto das normas infraconstitucionais, como das normas constitucionais originárias, em respeito à coerência e integridade do sistema de direito.

<sup>43</sup> Cf. voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4.277/DF, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

<sup>44</sup> “**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>45</sup> ADI 815-3, ajuizada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, na qual sedimentou, a jurisprudência pátria, a impossibilidade de uma norma originariamente constitucional, ser, ela própria, inconstitucional. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Nesse passo, com o reconhecimento da união estável pelo STF, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi incorporado à discussão na esfera jurídica. Resultou, desse dado de realidade, a legitimação a fim de regulamentar o plano fático, pois a relação homoafetiva consta do catálogo biológico humano, apesar de configurar socialmente, comportamento sexual restrito à minoria. Além disso, o movimento homossexual defendeu outra característica, mais radical e não palatável ao senso comum, através da universalização do modelo de família às sexualidades periféricas.

A possibilidade de casamento acarreta legitimação das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não se deve cogitar que o mero reconhecimento do Estado tenha o poder de transformar tais interações em relacionamentos aceitáveis, pois, como exposto, o Direito não tem o poder de constituir-las; apenas de reconhecê-las. Assim, o casamento constituir-se-ia como ato de vontade, na esfera de autonomia de cada indivíduo, que pode optar pela união estável, a ser respeitada e reconhecida, tanto pelo Direito quanto pela sociedade.

Nesse sentido, a *Resolução 175 do CNJ*, com base na decisão do STF em análise, decisão tal proferida com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, proíbe às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Na presente perspectiva, uma das principais consequências da extensão do regime da união estável e do casamento às parcerias estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua legitimação como entidade familiar. Não se trata, pois, de aproximação artificial, eis que se encontram nas uniões homoafetivas os mesmos elementos considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares<sup>46</sup>.

Na presente realidade social, afirma Ayres Brito: “*É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração*”<sup>47</sup>. Resta claro, que a postura conservadora cristalizada pelo legislador, não mais se ajusta ao tratamento do tema, cabendo ao Poder Judiciário a releitura dos princípios e valores constitucionais, a fim de albergar legitimidade a presente situação fático-jurídica, e, desta forma, desprender as amarras e permitir que o navio siga o seu caminho, como o faz o desejo.

## CONCLUSÃO

Em síntese, a proposta do presente artigo é de que o desejo seja recepcionado pelo ordenamento jurídico em detrimento de uma pretensa moral vigente, a partir de uma leitura principiológica da CRFB/1988 e da própria estruturação do ser como humano (filosofia e psicanálise) e, portanto, sendo respeitado através de tutela jurídica. Diante dessa premissa, o desejo (homo) sexual deverá ser exercido com liberdade, existindo, pois, um direito à liberdade de amor (afeto) homossexual como

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 5, p. 167-196, jan./mar. 2007, p. 28-29. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2012.

<sup>47</sup> Cf. voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4.277/DF, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

norma de personalidade (bem que compõe a esfera íntima do humano) e norma fundamental (liberdade de exercício contra ingerências indevidas do Estado e de outros cidadãos).

Defende-se que o desejo homossexual também seja considerado um direito humano reconhecido, declarando-se como fundamental a liberdade de amor entre pessoas do mesmo sexo, tratando-se, pois, de como esse desejo foi apropriado pelo fenômeno jurídico. Ao Direito brasileiro coube a não regulamentação, o fomento à invisibilidade e, em alguns momentos históricos, a criminalização da homossexualidade. Ao Direito, como norma imposta, coube a observação social e o dado cultural foi levado a efeito.

Desta forma, o desejo passaria a ser apropriado pelo sistema jurídico, pois caso se reconheça que o homem, na verdade, é sujeito de desejo, esse desejo não deve sofrer um processo de modulação, bem como o desejo homossexual, que faz parte desse rol, fazendo nascer o direito ao desejo como direito fundamental, inerente aos princípios da liberdade, da isonomia e da busca da felicidade, a partir da realização pessoal dos indivíduos e de suas próprias configurações existenciais, o que impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de maneiras de exercício de amor diversas da concepção tradicional. Assim, tais princípios protegem o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua liberdade amorosa em modelos pré-concebidos pela legislação.

Importante ressaltar, que o Código Civil brasileiro de 2002 não proibiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo em seu art. 1.521, que dispõe acerca dos impedimentos matrimoniais. Nem que pese a CRFB, em seu art. 226, § 3º, parecer indicar na direção de que a união estável é aquela estabelecida entre um homem e uma mulher, em sentido contrário encontra-se o art. 3º, IV, que proíbe toda e qualquer forma de discriminação na sociedade brasileira. Mesmo que não se sustente a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, há que ponderar através de interpretação teleológica conforme a Constituição, o que foi efetivamente realizado no julgamento da ADI 4.277.

Não há justificativa plausível à exclusão da possibilidade de constituição de família, por pessoas que vivem uma parceria homoafetiva, seja sob o regime jurídico da união estável ou do casamento. Tais uniões são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um, cabendo ao Estado respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação. Ademais, a identidade homossexual não pode constituir obstáculo à livre realização de um direito fundamental, pois o caráter de um ser humano não se restringe ao exercício de sua sexualidade.

Cuidar da relação entre Desejo, Afeto e Direito exige maestria por parte do Estado e dos instrumentos humanos que realizam a ordem jurídica estatal, pois a moral interditou o Desejo, mas é o Desejo que leva ao Afeto de Amor, sendo, pois, o Afeto de Amor inerente à personalidade humana. Nesse cenário, somente a partir do respeito ao livre exercício do amor há de ser materializada a dignidade do ser humano, por meio da liberdade, do tratamento isonômico e da busca pela felicidade, fazendo florescer o mais puro dos direitos humanos: o transcendente direito fundamental ao amor.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, n. 5, p. 167-196, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2012.
- \_\_\_\_\_. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BRASIL. STF. **ADI 815-3/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- \_\_\_\_\_. Voto do Min. Ayres Brito na **ADI 4.277/DF**, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- \_\_\_\_\_. Voto do Min. Ayres Brito na **ADI 4.277/DF**, p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- \_\_\_\_\_. Voto do Min. Ayres Brito na **ADI 4.277/DF**, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- \_\_\_\_\_. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no **RExt. 878.694/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1. A vontade de saber**. 3. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rev. Tec. José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.
- \_\_\_\_\_. **História da Sexualidade 2. O uso dos prazeres**. 3. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rev. Tec. José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.
- \_\_\_\_\_. **História da Sexualidade 3. O cuidado de si**. 3. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rev. Tec. José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.
- FREUD, Sigmund. **Obras completas: três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso Dora”) e outros textos (1901-1905)**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. v. 6.
- HOGEMANN, Edna Raquel; SERRANO, Thiago. O direito fundamental ao afeto. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 1, n. 1, 2013.
- MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu (UNICAMP)**, v. 28, 2007.
- NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Trotta, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 246, p. 79-94, 2007.